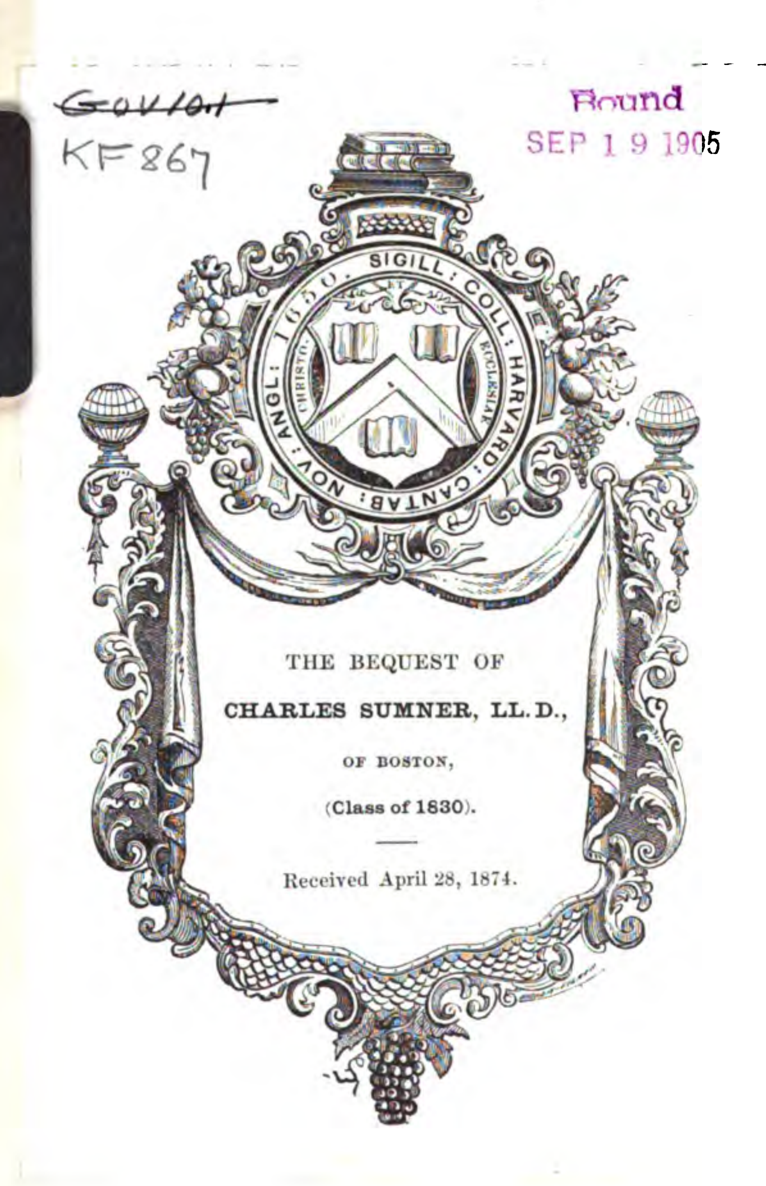





SIGILL : COLL : HARVARD : CANTAB : NOV : ANGL : 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
THE BEQUEST OF
CHARLES SUMNER, LL. D.,
OF BOSTON,
(Class of 1830).
Received April 28, 1874.

Jherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

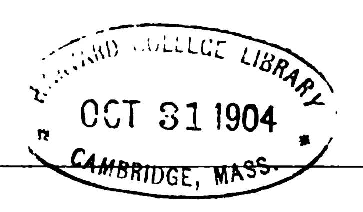
Zweite Folge. Zwölfter Band.

48. Band von „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1904.

Inhalt.



Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger, Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke, Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal, Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer, Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**

Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Zwölfter Band.

48. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Erstes bis drittes Heft.

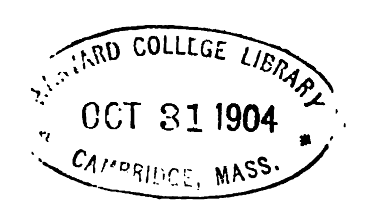


Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1904.

Inhalt.



I.

Zur Lehre von der Anweisung.

Von **K. von Tuhr.**

I. Anweisung auf Schuld und Inkassovollmacht.

Lenel hat in seinem bekannten Aufsatz über Stellvertretung und Vollmacht (Jahrb. f. Dogm., Bd. 36 S. 1 fg.), der 1896, leider zu spät für die lex ferenda und zu früh für die lex lata, erschienen ist, unter anderen wertvollen Ergebnissen insbesondere zwei Rechtsgedanken mit großer Energie vertreten:

1) daß die Vollmacht, weil sie die Grundlage für Beziehungen des Vollmachtgebers zum Dritten herstelle, eine an den Dritten zu richtende Erklärung sei[1];

2) daß bei der Inkassovollmacht der Dritte (der Schuldner) nur an der Lösung des Schuldverhältnisses, nicht am dinglichen Schicksal des geleisteten Gegenstandes interessiert sei, daß daher

---

1) Das B.G.B. § 167 hat formell gegen Lenel entschieden, indem es von Erteilung der Vollmacht durch Erklärung an den Bevollmächtigten spricht. Aber es läßt sich nicht leugnen, daß die Vollmacht intensivere Wirkungen hat, wenn sie dem Dritten gegenüber, als wenn sie an den Bevollmächtigten erklärt ist, so daß man immer noch als Prinzip verteidigen kann, daß die Vollmacht eine an den Dritten zu richtende Erklärung ist; vergl. Hellwig in Zeitschr. f. Civilprozeß, Bd. 29 S. 526.

das Eigentum nicht notwendig dem Vollmachtgeber zufallen müsse, sondern unter Umständen vom Bevollmächtigten erworben werden könne, der dann quoad solutionem im Namen des Gläubigers, quoad acquisitionem im eigenen Namen handle.

Daraus folgert Lenel (S. 63, 112 fg.), daß die Anweisung nichts anderes sei als eine Bevollmächtigung des Anweisungsempfängers, speziell die Anweisung auf Schuld nichts anderes als eine Inkassovollmacht. Lenel findet sogar, daß in der Anweisung das Wesen der Vollmacht besonders klar zur Erscheinung kommt, weil die Anweisung nach § 783 eine an den Dritten, den Angewiesenen, gerichtete, vom Anweisungsempfänger (Bevollmächtigten) überbrachte Erklärung des Anweisenden sei. Im Sinne von Lenel wäre daher der Ausdruck des Gesetzes § 783 I: „ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben" als nicht ganz korrekt zu bezeichnen. Der Anweisungsempfänger (wir wollen ihn X nennen) handelt in eigenem Namen nur in Bezug auf den Eigentumserwerb, in Bezug auf die den Schuldner (D) befreiende Entgegennahme der Leistung ist er, nach Lenel, Stellvertreter des Anweisenden (A) und muß, da es sich um Einziehung einer Forderung handelt, in dessen Namen auftreten (S. 11).

Der Lehre von der Identität der Anweisung und der Inkassovollmacht haben sich angeschlossen Oertmann in seinem Kommentar zu § 783 fg. und Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 100 fg.[2]). Die Mehrzahl der Schriftsteller verhält sich ablehnend, so Hupka, Vollmacht, S. 74 fg.; Schloßmann, Stellvertretung, Bd. 2 S. 611; Crome, Bd. 2 S. 924; Endemann, § 195 Note 10; Enneccerus,

2) Teilweise zustimmend Wieland, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen, S. 199 fg., und Archiv für civil. Praxis, Bd. 95 S. 161 fg.

§ 333; Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 415; Isay, Geschäftsführung, S. 169; Jacobi, Wertpapiere, S. 292; Cosack, Lehrbuch, Bd. 1 S. 550. Statt auf die Argumente dieser Autoren einzugehen, die sich vielfach damit begnügen, zu betonen, daß der Anweisungsempfänger die Leistung nicht im Namen des Anweisenden, sondern, wie das Gesetz § 783 ja selbst sagt, im eigenen Namen erhebt, ohne zu untersuchen, worin dieser Unterschied eigentlich besteht und woran er zu erkennen ist, möchte ich von einer unbestreitbaren Verschiedenheit in den Rechtswirkungen von Vollmacht und Anweisung ausgehen, die bisher, wenn nicht ganz übersehen, so doch bei der Vergleichung beider Rechtsinstitute nicht verwertet worden ist.

1. Zahlungspflicht des Schuldners.

Wenn der Gläubiger A den X zur Einziehung seiner Forderung bevollmächtigt, so ist der Schuldner nicht nur befugt, an X zu zahlen, sondern auch, natürlich nur dem Gläubiger gegenüber, dazu verpflichtet, vorausgesetzt, daß der Bevollmächtigte genügend legitimiert ist[3]), und daß die Zahlung an X statt an A keine vertragswidrige Erschwerung der Leistung darstellt[4]). Verweigert der Schuldner, ohne daß einer dieser Gründe vorliegt, die Leistung an den Vertreter des Gläubigers,

3) Arg. § 174 wird der Schuldner verlangen dürfen: Vorlegung einer Vollmachtsurkunde oder direkte Mitteilung von der Bevollmächtigung seitens des Gläubigers. Man wird sogar mit Hellwig, a. a. O. S. 102 Note 229 annehmen dürfen, daß der Schuldner arg. § 410, um sich gegen eine erneute Forderung des Gläubigers den Beweis zu sichern, Aushändigung der Vollmachtsurkunde verlangen dürfe.

4) Der Schuldner muß sich gefallen lassen, daß der Gläubiger ihm einen anderen als Leistungsempfänger aufdrängt, wie er ja auch einen vollen Wechsel in der Person des Gläubigers dulden muß; aber die inhaltliche Schranke des § 399 muß analog auch bei der Einzugsvollmacht angewendet werden.

so gerät er in Verzug, wie wenn der Gläubiger Leistung an sich selbst vergebens verlangt hätte [5]).

Gerade umgekehrt verhält es sich bei der Anweisung auf Schuld: während noch das Preußische Landrecht, von der Auffassung ausgehend, daß der Anweisung eine Forderung des Anweisenden zu Grunde liegt (I, 16 § 251), den Assignaten zur Honorierung der Anweisung bei Vermeidung von Schadensersatz verpflichtet (§§ 256, 257) und den Assignatar sogar ermächtigt, mit präsumptiver Vollmacht des Anweisenden gegen den Assignaten Klage zu erheben (§ 281), hat das B.G.B. diesen Zusammenhang der Anweisung mit der möglicherweise ihr unterliegenden Forderung des Anweisenden vollkommen gelöst und diesen Standpunkt aufs deutlichste markiert durch den in zweiter Lesung aufgenommenen Abs. 2 des § 787: „zur Leistung an den Anweisungsempfänger ist der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist". Also gerät der Schuldner D, wenn er die Anweisung zurückweist, nicht in Verzug [6]), wenn auch seine Schuld an den Anweisenden unbestritten ist, eine Vertragsstrafe verfällt nicht, der Gläubiger kann ein Pfand nicht verkaufen, Rücktritt nicht ausüben 2c. Während also der

5) So auch Hellwig, a. a. O. S. 110. Dagegen sind seine Worte S. 100 unten: „an den gewöhnlichen Einzugsbevollmächtigten und so auch an den Anweisungsempfänger ist der angewiesene Schuldner nur zu leisten berechtigt" (vergl. auch Zeitschr. für Civilprozeß, Bd. 29 S. 532) nur für den Anweisungsempfänger zutreffend, nicht aber für den Bevollmächtigten: wenn z. B. der Gläubiger bei einer Holschuld am Zahltag einen ausreichend legitimierten (arg. § 174) Vertreter schickt und den Schuldner mahnt oder durch den Vertreter mahnen läßt, so kann der Schuldner die Leistung nicht deshalb verweigern, weil der Gläubiger nicht persönlich erschienen ist. Selbstverständlich hat der Schuldner immer noch die Befugnis, an den Gläubiger selbst zu leisten und damit den eingetretenen Verzug zu purgieren.

6) Planck, Bd. 2 S. 540; Jacobi, a. a. O. S. 293.

Gläubiger durch Vermittelung des Inkassobevollmächtigten sein Recht gegen den Schuldner ausübt, ist die Ausstellung einer Anweisung auf Schuld ein Versuch, den Schuldner mit Rücksicht auf das Schuldverhältnis zu einer, nicht geschuldeten, sondern freiwilligen Leistung an den Assignaten zu veranlassen.

Dieser fundamentale Unterschied zwischen Anweisung und Vollmacht wird verdunkelt, aber nicht verwischt, wenn der Schuldner durch eine besondere Verabredung mit dem Gläubiger sich verpflichtet hat, die Anweisungen, die letzterer „auf die Schuld" ausstellt, zu honorieren. Verstößt der Schuldner gegen diese Verpflichtung, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen aus dem Auftrag auf den daraus entstandenen — nachweisbaren — Schaden des Gläubigers, nicht aber auf Verzugszinsen für die der Anweisung zu Grunde liegende Schuld [7].

Um zu finden, worauf dieser unbestrittene Unterschied von Inkassovollmacht und Anweisung auf Schuld beruht, müssen wir uns an das Wesen und den Vollzug der Zahlung erinnern.

Die Zahlung erfordert:

1) eine Leistung des Schuldners an den Gläubiger oder eine sonstige empfangsberechtigte Person;

2) eine Einigung des Leistenden und des Empfangenden darüber, daß die Leistung zur Aufhebung der Schuld, und

---

7) Für den Annahmeverzug ist kein Unterschied zwischen Inkassovollmacht und Anweisung; der Schuldner ist in beiden Fällen ermächtigt, die Leistung, statt an den Gläubiger, an X vorzunehmen. Angebot an den Vertreter erzeugt mora creditoris, Planck, § 293 Note 3, aber ebenso auch Angebot an den Assignatar, Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 426.

In beiden Fällen kann der Gläubiger die Ermächtigung zurücknehmen, womit aber die schon eingetretenen Wirkungen der mora (Hinterlegung) nicht aufgehoben werden.

nicht etwa zu einem anderen Zwecke, dienen soll[8]). Diese Einigung[9]) über die Zahlungsfunktion der Leistung ist bei der Zahlung oft wenig bemerkbar, weil sie im normalen Fall der Leistung des Schuldners an den Gläubiger selbstverständlich ist und zeitlich mit der dinglichen Einigung zusammenfällt, welche (nach § 398 oder § 929) zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist. Sie tritt als besondere Vereinbarung deutlich hervor bei der datio in solutum. Sie kommt aber immer zum Ausdruck, wenn die Quittung ordnungsmäßig abgefaßt ist. Allerdings sagt § 368 nur: „der Gläubiger hat ein Empfangsbekenntniß zu erteilen". Es ist aber unbestritten, daß der Schuldner Benennung der getilgten Schuld in der Quittung verlangen kann, so daß er nicht nur die Zahlung von 100 Mark

---

8) Ich sehe hierbei ab von den Leistungen, die der Schuldner durch einseitige Handlung vornehmen kann, z. B. tatsächliche Verwendungen auf Sachen des Gläubigers, Unterlassungen.

9) Planck zu § 362. Wenn manche Schriftsteller, z. B. Dernburg, Schuldverhältnisse, § 113 II, und Crome, Bd. 2 § 182 Note 1 nur den animus solvendi des Schuldners betonen, so ist das nicht genau: denn wenn der Gläubiger das ihm animo solvendi angebotene Geld nicht als Zahlung annehmen will, so gerät er zwar in Annahmeverzug, aber die Zahlung kommt nicht zu Stande.

Auch § 366 steht der Annahme nicht entgegen, daß die Zahlung eine Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger über die Zahlungsfunktion der Leistung verlangt; allerdings sagt Abs. 1, daß der Schuldner die zu tilgende Schuld bestimmt. Aber das gilt doch nur dann, wenn der Gläubiger das Geld mit dieser Bestimmung annimmt, also mit der Zahlungsfunktion einverstanden ist. Abs. 2 regelt den Fall, daß eine solche Bestimmung bei der Leistung unterblieben ist. In Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift wäre meines Erachtens keine der Forderungen getilgt, bis die Parteien sich einigen; der Schuldner könnte seine Leistung zurückfordern, der Gläubiger könnte mit einer seiner Forderungen kompensieren und es wäre zweifelhaft, mit welcher er kompensieren könnte. Um diesen in der Regel schikanösen Streit auszuschließen, hat das Gesetz in § 366 II die fehlende Einigung der Parteien über die Zahlungsfunktion der Leistung bei verschiedenen Schulden durch eine angemessene Bestimmung ergänzt; vergl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 134 Note 277.

beweisen kann, sondern auch, daß der Gläubiger diese 100 Mark als Erfüllung einer bestimmten Schuld angenommen hat[10]).

Wie der Gläubiger selbst, so muß auch der Stellvertreter des Gläubigers unter Bezeichnung der getilgten Schuld quittieren[11]). Zahlt dagegen der Schuldner an einen Anweisungsempfänger, so kann er nach § 785 Aushändigung der Anweisung verlangen. Ein Recht auf Quittung hat er nach § 368 nur dann, wenn er durch Accept Schuldner des Assignatars geworden ist. Will man ihm, wie es bisweilen angenommen zu werden scheint[12]), ein Recht auf Quittung auch dann zusprechen, wenn er auf eine von ihm nicht acceptierte Anweisung zahlt, so hat diese, auf analoger Anwendung des § 368 beruhende, Quittungspflicht des Assignatars einen anderen Inhalt als die Quittungspflicht des Gläubigers: der Assignatar hat nur zu bestätigen, daß er auf die Anweisung den Betrag von x Mark erhalten hat. Ob durch diese Leistung eine Schuld des Angewiesenen D an den Anweisenden A getilgt ist, darüber kann der Assignatar, der vom Deckungsverhältnis meist keine Kenntnis hat und nie zu haben braucht, in der Quittung nichts aussagen.

Da nun aber der Schuldner nur gegen vollständige Quittung zu zahlen braucht, so ist er nicht verpflichtet, an den Assignatar, der ihm eine solche nicht ausstellen kann, zu leisten (§ 787 II).

2. Befreiung des Schuldners durch Zahlung auf Anweisung.

Ein weiterer Unterschied zwischen Inkassovollmacht und Anweisung auf Schuld ergibt sich aus folgender Erwägung:

10) Planck zu § 368; Dernburg, Bd. 2, 1 S. 258; Hellwig, a. a O. Note 275.

11) Dernburg, a. a. O. S. 259.

12) Planck, § 785 Erl. 3; Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 431.

Zahlung an den Bevollmächtigten des Gläubigers ist Tilgung der Schuld. Das ist im Gesetz nicht besonders ausgesprochen, weil es sich aus § 164 ergibt: die Wirkungen der Handlung des Bevollmächtigten treten in der Person des Vollmachtgebers ein. Dagegen hat das B.G.B. bei der Anweisung auf Schuld es für nötig befunden, in § 787 I ausdrücklich auszusprechen, daß der Schuldner durch Leistung an den Assignatar befreit werde. Wenn der Assignatar nichts anderes wäre als ein Stellvertreter des Gläubigers, so wäre diese Bestimmung in dem, was sie positiv sagt, eine überflüssige Wiederholung des § 164 und hätte nur den negativen Sinn, daß der Schuldner nicht schon durch die Annahme der Anweisung befreit wird. In der Tat aber bedarf es eines besonderen Grundes, damit die Leistung des angewiesenen Schuldners auf seine Schuld angerechnet werden könne: denn er leistet nicht solvendi causa, sondern in Befolgung der Anweisung, und in diesem Sinne wird auch seine Leistung vom Assignatar entgegengenommen. Daher sagt § 783 mit vollem Rechte, daß der Assignatar die Leistung im eigenen Namen erhebt. Allerdings ist den Parteien bewußt, daß die Leistung auf Veranlassung des Anweisenden erfolgt, die Zahlung wird „auf Anweisung" geleistet. Aber das bedeutet nicht, wie Lenel, a. a. O. S. 106 zu beweisen sucht, daß der Assignatar Stellvertreter des Assignanten sei, sowenig ein Schuldner, dem der Gläubiger auf einen Kreditauftrag des A ein Darlehen gibt, dabei als Stellvertreter des A handelt.

Zur Stellvertretung würde erforderlich sein, wie Lenel selbst S. 11 richtig bemerkt, daß der Assignatar das Geld als Erfüllung der fremden Forderung empfängt, und so handelt, wie unter 1. ausgeführt, der Anweisungsempfänger eben nicht. Er darf und braucht sich um eine etwaige Schuld des Angewiesenen nicht zu kümmern, ne curiosus videatur,

wie die Römer sagen. Daß die Schuld des Angewiesenen getilgt wird, obgleich weder an den Gläubiger A noch an dessen Vertreter, sondern an den X gezahlt wird, der in eigenem Namen handelt, das beruht ganz und gar auf dem zwischen A und dem Angewiesenen D bestehenden Rechtsverhältnis, vermöge dessen eine Leistung des Schuldners D, die nicht Zahlung im genauen Sinne des § 362 ist, dennoch als Erfüllung gilt [13]). A und D haben durch die Erteilung und Befolgung der Anweisung verabredet, daß die Zahlung an X der normalen Erfüllung der Schuld des D gleichwertig sein solle [14]), eine Verabredung, die auf einer Stufe mit der Vereinbarung einer in solutum datio steht. Wie die Hingabe an Zahlungsstatt in § 364 I vom Gesetz sanktioniert wird, obwohl ihre Wirksamkeit sich schon aus dem allgemeinen Prinzip der Vertragsfreiheit ergeben würde, so bestätigt § 787 I die Verabredung zwischen Gläubiger und Schuldner über die befreiende Zahlung an den Anweisungsempfänger. In beiden Fällen erlangt der Schuldner eine facultas alternativa.

13) Ein anderer Fall dieser Art wird überzeugend dargelegt von Hellwig, Vertrag auf Leistung an Dritte, S. 140: wenn D dem A 100 als Darlehen schuldet und auf Ersuchen des A eine gleichhohe Kaufschuld des A an X bezahlt, so ist nur die Kaufschuld durch Erfüllung getilgt, die Darlehnsschuld des D dagegen durch eine Leistung, die nach der Verabredung zwischen D und A der Erfüllung gleichwertig ist.

14) Zur „Anweisung auf Schuld" genügt nicht, daß D Schuldner des A ist, sondern A muß dem D zu erkennen geben, daß er die Anweisung erteile, damit auf diesem Wege seine Forderung erfüllt werde (Motive, Bd. 2 S. 562). Planck, S. 540 verlangt einen ausdrücklichen, wenn auch nicht in der Anweisung selbst enthaltenen, Hinweis dieser Art, Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 424 hält mit Recht eine stillschweigende Erklärung für genügend. Besteht zwischen A und D ein Schuldverhältnis, von dem beide keine Kenntnis haben, so wird die Schuld durch Befolgung der Anweisung nicht getilgt, wohl aber kann Aufrechnung zwischen der Schuld des D und seinem Regreßanspruch aus der Anweisung stattfinden, was bei der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung (§ 389) praktisch zum selben Resultat führt.

3. Das Unterscheidungsmerkmal von Inkassovollmacht und Anweisung auf Schuld.

Nachdem wir in den Rechtsfolgen von Anweisung und Inkassovollmacht zwei Unterschiede konstatiert haben, einen praktischen: daß der Schuldner auf die Anweisung zu zahlen nicht verpflichtet ist, und einen mehr theoretischen Unterschied: daß bei der Anweisung die Befreiung des Schuldners nicht durch Erfüllung, sondern durch ein Surrogat der Erfüllung stattfindet, müssen wir uns fragen, wie sich Anweisung und Inkassovollmacht in ihrem Tatbestand unterscheiden, d. h. woran kann der Schuldner D erkennen, ob X, der bei ihm auf Veranlassung des Gläubigers Zahlung erheben will, als Bevollmächtigter oder als Anweisungsempfänger zu betrachten ist?

Die äußere Form des dem D vorgelegten Schriftstückes kann nicht entscheiden. Die Anweisung muß nach § 783 eine von A ausgestellte, an den D gerichtete und dem X ausgehändigte Urkunde sein, in welcher A den D auffordert, an X zu leisten[15]). (Das Wort „Anweisung" ist weder erforderlich, noch genügend.) In derselben Form kann aber auch eine Vollmacht erteilt werden (§ 171): Urkunde des A, gerichtet an D, ausgehändigt an X. Inhalt: Aufforderung des A an D, die Leistung an X zu bewirken. Das Wort „Vollmacht" ist für die juristische Behandlung als Vollmacht weder erforderlich noch genügend.

Und doch muß D ein Erkennungsmerkmal haben. Er muß wissen, ob er verpflichtet ist, an X zu zahlen, oder die Zahlung an X verweigern darf. Ich glaube, man kann den

15) Eine Anweisung, die anders als in der Form des § 783 erteilt ist, z. B. durch ein an D direkt zugestelltes Schreiben, ist nicht unwirksam, untersteht aber nicht ohne weiteres den in § 783 fg. aufgestellten Regeln, vergl. Cosack, a. a. O. S. 553.

Unterschied nur in dem Inhalt der Urkunde finden: enthält die Urkunde eine Aufforderung an D, „seine Schuld" an X zu zahlen, ist mit anderen Worten die Urkunde kausal gefaßt, so ist es eine Vollmacht, welche dem X die Befugnis gewährt, das Geld als Erfüllung der Schuld entgegenzunehmen und über die Schuld zu quittieren; damit ist dem D alles geboten, was er bei Zahlung an seinen Gläubiger A verlangen könnte, und deshalb ist auch D verpflichtet, dessen Aufforderung Folge zu leisten [16].

Enthält aber die Urkunde nur die Aufforderung, eine Leistung an X zu machen, ohne daß die zwischen A und D bestehende causa erwähnt wird, ist die Urkunde also abstrakt gefaßt, so ist sie eine Anweisung. Das übliche Formular der Anweisung lautet: „Zahlen Sie gegen diese Anweisung an X die Summe von 1000 Mark".

Dieser Fassung der Anweisung entspricht es, daß das darauf erteilte Accept des D nach § 784 eine abstrakte Verbindlichkeit erzeugt, die insbesondere unabhängig ist von dem Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen A und D. Würde dagegen dem D ein Schriftstück des A vorgelegt: „Zahlen Sie die 1000 Mark, die Sie mir schulden, an X", so wäre diese Urkunde meines Erachtens keine Anweisung [17], sondern Inkassovollmacht; wenn der Schuldner eine solche ihm von X vor-

16) Eine Inkassovollmacht enthält zugleich eine Mahnung des Gläubigers oder verleiht, wenn die Schuld noch nicht fällig ist, dem Bevollmächtigten die Befugnis, im Namen des Gläubigers zu mahnen.

17) Ebenso würde ich, wenn in der Urkunde die causa des Valutaverhältnisses genannt ist: „Zahlen Sie an X die 100, welche ich ihm aus Darlehen schulde", darin nicht mit Düringer, S. 480 eine Anweisung, sondern einen Zahlungsauftrag sehen. Wenn D darauf nicht zahlt, sondern zu zahlen verspricht, so liegt je nachdem, in welchem Sinne X dieses Versprechen entgegennimmt, eine Bürgschaft oder eine Schuldübernahme vor. In beiden Fällen kann D die Einwendungen des Schuldners erheben, während er das bei der — abstrakten — Anweisung nicht könnte.

gelegte Urkunde „acceptiert“, so würde ich darin keinesfalls eine Annahme im Sinne von § 784 sehen, sondern je nach Umständen eine Anerkennung der Vollmacht oder eine Anerkennung der Schuld[18]). Da X als Vertreter des Gläubigers Zahlung erheben soll, so muß meines Erachtens auch das, was er vorläufig an Stelle der Zahlung vom Schuldner erhält: das Anerkenntnis, in der Person des Gläubigers wirken; nicht der Inkassobevollmächtigte X kann klagen, wenn der Schuldner auf die Vorweisung der Urkunde, in der er aufgefordert wird, an den X zu leisten, Zahlung zu einem festen Termin zugesagt hat, sondern der Gläubiger. Anders nur, wenn X die Vollmacht in rem suam erhalten hat: dann kann er den Gläubiger dadurch ausschließen, daß er sich die Leistung, die ihm definitiv verbleiben soll, vom Schuldner versprechen läßt[19]). Dann schuldet der Schuldner, was bisher A zu verlangen hatte, dem X. Daß es dem Schuldner erkennbar war, daß die Vollmacht dem X in rem suam erteilt war, ist meines Erachtens nicht nötig, um ihn zum Schuldner des X zu machen. Allerdings kann er, solange er das der Vollmacht zu Grunde liegende Verhältnis nicht kennt, arg. § 407 seinen bisherigen Gläubiger A als Gläubiger betrachten. Behauptet X, daß ihm aus dem Zahlungsversprechen des Schuldners ein eigenes Recht erwachsen ist, weil er die Vollmacht des Gläubigers A in rem suam erhalten hatte, so muß er dieses Verhältnis dem D durch eine unzweideutige Erklärung des A nachweisen (arg. § 410)[20]).

18) Vergl. über die ähnlich gestaltete Anerkennung seitens des debitor cessus Dernburg, Schuldverhältnisse, Bd. 1 § 140 VI.

19) Vergl. Hellwig, a. a. O. S. 105.

20) Wenn A seinem Schuldner D schreibt: „Zahlen Sie, was Sie mir schulden, an X, statt an mich“, so kann das auch eine Mitteilung von einer Abtretung sein (§ 410). Der Schuldner kann bei der Formlosigkeit sowohl der Vollmacht, wie der Cession, leicht im Unklaren darüber sein, ob

Daß eine kausal gefaßte Zahlungsaufforderung keine „Anweisung“ ist, zeigt sich vielleicht noch deutlicher als bei der Anweisung auf Schuld, wenn man ein anderes Deckungsverhältnis supponiert. A stellt ein Schriftstück aus: „Zahlen Sie die 100, welche Sie mir schenken wollen, an X“. D acceptiert. Daraus entsteht keine abstrakte Verpflichtung im Sinne von § 784, sondern es liegt ein Schenkungsversprechen vor, aus welchem wegen Mangels der Form weder A noch X (wenn er procurator in rem suam ist) klagen kann. Ebenso: „Zahlen Sie die Summe, welche Sie mir als Darlehen versprochen haben, an X“. Wenn D acceptiert, so hat er ein pactum de mutuo dando abgeschlossen, aus welchem ihm die Einrede des § 610 erwachsen kann.

Daß die Anweisung abstrakt lauten muß, wird in der Literatur, soviel ich sehe, nicht ausgesprochen, obwohl meistens vorausgesetzt, von einigen Autoren aber geleugnet. Oertmann zu § 784, Crome, S. 919, Düringer-Hachenburg, S. 417 und 419 halten eine Anweisung, in welche ein Hinweis auf die Schuld aufgenommen ist, zwar nicht für üblich, aber für möglich[21]). Eine scheinbare Stütze findet diese

X Bevollmächtigter oder Cessionar ist. Es kann ihm aber daraus kein Nachteil erwachsen; denn er wird durch Zahlung an X jedenfalls befreit, ob nun Vollmacht oder Cession vorliegt. Wenn aber X nachträglich selbst Zahlung verlangt, so kann der Schuldner arg. § 409 II verlangen, daß X, der bei zweideutiger Fassung der Urkunde möglicherweise Cessionar ist, der Rücknahme der Cessionsanzeige zustimmt. — Zur Unterscheidung von Anweisung und Cession vergl. Düringer, S. 417.

21) Im Preuß. Landrecht (vergl. oben S. 4) war die Anweisung ein vom Gläubiger dem Schuldner vorgeschriebener Modus der Schuldzahlung und daher, bis auf die Befugniß des Schuldners, zu acceptieren, mit der Inkassovollmacht identisch. Die dem Gedanken des Gesetzes entsprechende Fassung der Anweisung war die kausale. In diesem Sinne trägt das Reichsgericht, Entsch., Bd. 11 Nr. 11, kein Bedenken, einen Fall, in welchem A den D anweist, „das Kaufgeld für die gelieferten und noch zu liefernden Rüben für seine Rechnung an X (den Gläubiger des A) zu

Ansicht darin, daß in § 784 dem Acceptanten der Anweisung Einwendungen gestattet werden, die sich aus dem Inhalte der Anweisung ergeben. Aber dabei ist meines Erachtens nicht daran zu denken, daß in der Anweisung die Leistung als geschuldete bezeichnet wird, sondern an Nebenbestimmungen, die mit der abstrakten Natur der Anweisung vereinbar sind, z. B. Befristungen oder Bedingungen: „zahlen Sie am 1. Februar" oder „gegen Auslieferung nebenstehend bezeichneter Waren". Durch solche Zusätze wird der Charakter der Anweisung nicht verändert und der Unterschied zwischen Anweisung einerseits und Inkassovollmacht oder Cessionsanzeige andererseits nicht verwischt[22]. Dieser Unterschied muß aber, wie oben ausge-

zahlen", als Anweisung nach Preuß. Landrecht — und nach a. H.G.B. Art. 300 — zu behandeln. Nach B.G.B. wäre meines Erachtens dieses Rechtsgeschäft nicht als Anweisung, sondern als (unwiderrufliche) Vollmacht in rem suam resp. als Cession der a. venditi zu betrachten, wobei übrigens, im vorliegenden Falle, die Entscheidung nicht anders ausfallen würde.

22) Auch die Annahme der Anweisung kann bedingt erfolgen. Wenn D annimmt „unter der Bedingung, daß sich bei seiner Abrechnung mit dem Anweisenden ein Saldo zu dessen Gunsten ergibt" (Düringer, S. 430), so kann er nach § 784 Einwendungen aus dem Inhalte der Annahme erheben und damit ist die Verpflichtung aus der Annahme, ausnahmsweise, keine abstrakte. Aber das liegt nicht an der Anweisung, für welche nach wie vor § 787 II gilt, sondern daran, daß der Angewiesene sich nicht abstrakt verpflichten wollte. Umgekehrt kann es vorkommen, daß der Schuldner auf eine kausal gefaßte Zahlungsaufforderung (die er befolgen muß, weil sie meines Erachtens keine Anweisung ist) ein Zahlungsversprechen abgibt, welches von ihm und dem Empfänger abstrakt gemeint ist. Das würde ich z. B. annehmen, wenn A den D auffordert, eine bestimmte Geldsumme an X zu zahlen, mit dem Zusatz „aus meinem Guthaben". Wenn D einen solchen Schein pure acceptiert, so glaube ich nicht, daß sein Versprechen im Sinne der Parteien davon abhängen soll, daß ein Guthaben des A in diesem Betrage im Moment des Versprechens vorhanden ist oder gar am Zahlungstage vorhanden sein wird. Vielmehr liegt es nahe, anzunehmen, daß D und X den Zusatz, „aus meinem Guthaben", der auf das Abrechnungsverhältniß zwischen A und D hinweist, als ein Internum dieser beiden Personen betrachteten und nun abstrakte Zahlungs-

führt, für den D erkennbar sein, damit er weiß, ob er an den X leisten darf oder leisten muß. Läßt man ein Schriftstück: „Zahlen Sie, was Sie mir schulden, an X" als Anweisung oder auch als Vollmacht gelten, so hätte das Gesetz für denselben Tatbestand zwei verschiedene, einander widersprechende Rechtsfolgen angeordnet: Zahlungspflicht des D und Befugnis des D, Zahlung an X zu verweigern. Allerdings suchen die genannten Autoren den als notwendig empfundenen Unterschied in anderen Merkmalen zu finden, z. B. Düringer-Hachenburg, S. 416 darin, daß die Anweisung die Erhebung der Leistung in eigenem Namen zum Inhalt haben müsse. Aber es wird nicht dargelegt, wie dieses gesetzliche Erfordernis der Anweisung im Texte der dem D vorgelegten Urkunde zur Erscheinung kommt. Eine Anweisung: „Zahlen Sie an X 100 Mark, die dieser in eigenem Namen erheben soll", wird so lange nicht vorkommen, bis alle im rechtlichen Verkehr stehenden Menschen rechtsgelehrt sind. Bis dahin wird man die unentbehrliche Unterscheidung in dem Merkmal suchen dürfen, welches sich schon jetzt im Verkehr bei den Anweisungen normalerweise findet: in der Weglassung des Hinweises auf die causa. Bei dieser Ansicht kann es allerdings vorkommen, daß A eine Anweisung ausstellen will und durch Hinzufügung des Hinweises auf seine Forderung ein Papier herstellt, welches nicht als Anweisung, sondern als Vollmacht zu betrachten ist. Aber ich sehe nicht ein, daß der Schaden, den der Verkehr

pflicht des D herstellen wollten. Dagegen kann es für den Regreß des D gegen A von Bedeutung sein, wenn er acceptiert hat, ohne daß ein Guthaben des A bestand. Wenn ich somit annehme, daß eine abstrakte Verpflichtung im Sinne von § 784 entstehen kann, ohne daß A eine „Anweisung" im Sinne von § 783 ausgestellt hat, so ist das nicht schwerer zu konstruieren, als z. B. die von der herrschenden Meinung (vergl. Cosack, S. 554 u. a.) statuierte Haftung des Acceptanten aus einer gefälschten Anweisung.

durch eine solche Subsumption erleidet, ein erheblicher ist: wenn D freiwillig zahlt, wird er frei; wenn D Zahlung verweigert, kommt er (worauf A freilich nicht rechnete) in Verzug; wenn D sein Accept erteilt, so ist er nicht abstrakt verpflichtet, weil er, wie ich sage, keine Anweisung angenommen hat, wie Oertmann, Crome und Düringer sagen, eine Anweisung acceptiert hat, gegen die er Einwendungen aus dem Kausalverhältnis zum Anweisenden erheben darf. Dagegen hat meine Ansicht den schon mehrfach betonten praktischen Vorzug, daß D in der wichtigsten Frage, die für ihn erwächst, ob er zahlen muß oder nicht, wissen kann, woran er ist, während ihn die genannten Autoren die ganz unmögliche Aufgabe stellen, zu untersuchen, ob X die Leistung „in eigenem Namen" erheben soll. Würde D dem X diese Frage stellen, so könnte X in den allermeisten Fällen ihm weder antworten, noch ihn verstehen.

4. Die Zahlungsermächtigung des Angewiesenen.

Wir haben gefunden, daß Anweisung auf Schuld und Inkassovollmacht nicht identisch sind, und daß der Unterschied darauf beruht, daß bei der Anweisung der Schuldner aufgefordert wird, an X eine Summe zu zahlen, bei der Vollmacht an X seine Schuld zu zahlen. In beiden Fällen ist aber der Schuldner befugt, an X, statt an seinen Gläubiger A zu zahlen, und X befugt, das dem Gläubiger gebührende Geld entgegenzunehmen. Wie ist nun die auf Anweisung beruhende Befugnis juristisch aufzufassen im Gegensatz zu der Befugnis, die aus der Vollmacht hervorgeht?

Das Gesetz (§ 783) spricht von „Ermächtigung", und die meisten Schriftsteller begnügen sich damit, zu konstatieren, daß die Anweisung nicht Vollmacht, sondern Ermächtigung sei.

Aber während „Vollmacht", trotz der bekannten Polemik von Schloßmann, als ein Ausdruck und Begriff von erheblicher Präcision gelten kann, zeigt ein Blick auf die Terminologie des Wortes „Ermächtigung" [28]) in der Sprache unserer Gesetze und der Literatur, daß mit dieser Bezeichnung nicht viel gewonnen ist. Bezeichnet doch der Gesetzgeber bisweilen mit dem Worte „Ermächtigung" ein Rechtsverhältnis, welches zweifellos unter den Begriff der Vollmacht zu subsumieren ist (z. B. in § 370). Wir dürfen daher nicht davon ausgehen, was „Ermächtigung" im B.G.B. im allgemeinen bedeuten mag, sondern welchen Sinn dieser Ausdruck in den Bestimmungen über die Anweisung haben kann. Nun spricht das Gesetz in § 783 von zwei Ermächtigungen: von der Zahlungsermächtigung des Angewiesenen und der Empfangsermächtigung des Assignatars, während die Vollmacht als eine dem Bevollmächtigten erteilte Rechtsmacht oder rechtliche Eigenschaft erscheint, aus welcher per consequentias die Befugnis des Schuldners, an ihn zu leisten, hervorgeht.

Betrachten wir nun zunächst die Ermächtigung des Angewiesenen, so finden wir sie durch den Zusatz „für Rechnung des Anweisenden" charakterisiert. Die Zahlung des angewiesenen Schuldners gilt also nicht als an den Gläubiger erfolgt, wie das der Fall wäre, wenn der Assignatar Stellvertreter des Gläubigers wäre (§ 164), sondern als an einen Dritten vorgenommen, aber mit der Wirkung, daß der Schuldner, was er dem Dritten auf Grund der Anweisung geleistet hat, dem Gläubiger anrechnen kann.

---

28) Vergl. Grabenwitz, Wortverzeichnis, und die Ausführungen von Isay, Geschäftsführung, S. 198, 203 fg., neuerdings Wieland, a. a. O. S. 161 fg., dessen Ausführungen ich nicht beistimmen kann: er will die Ermächtigung des § 783 unter den Begriff der Vollmacht bringen, indem er Vertretung durch Handeln im eigenen Namen zuläßt.

Das bedeutet: was D auf die Anweisung zahlt, ist als Auslage zu betrachten, welche D für den A macht, und soll in letzter Linie das Vermögen des A belasten. Diese Abwälzung dessen, was D geleistet hat, auf das Vermögen des A erfolgt, wie oben erörtert, wenn die Anweisung „auf Schuld" erteilt war, durch Minderung dieser Schuld des D (§ 787 I), sonst durch einen Regreßanspruch des D, nach Maßgabe des zwischen D und A bestehenden Rechtsverhältnisses.

Darin, daß der Angewiesene „auf Rechnung" des Anweisenden leistet, steht er dem Mandatar, negotiorum gestor und allen anderen Personen gleich, welche befugt sind, Vermögensverminderungen, die sie sich selbst zufügen, einem anderen anzurechnen. Das Handeln auf Rechnung eines anderen ist das Korrelat zu dem allgemeinen, die genannten und andere Fälle umspannenden Begriff der Geschäftsführung, der neuerdings von Isay[24]) ausführlich entwickelt worden ist. In die Reihe der Geschäftsführer, die mit Willen des Geschäftsherrn handeln, ist auch der Angewiesene zu stellen. Die ältere Theorie hat die Anweisung als Zahlungsauftrag bezeichnet, gewiß mit Unrecht, denn die Anweisung erzeugt nicht, wie das Mandat, eine Verpflichtung zur Zahlung, es entsteht keine a. mand. directa, wenn der Angewiesene die Anweisung nicht befolgt. Aber die Reaktion, die seit Salpius[25]) eingesetzt hat, ist zu weit gegangen, indem sie jede Verwandtschaft zwischen Mandat und Anweisung in Abrede stellte und dabei übersah, daß die Anweisung zwar keine Verpflichtung, wohl aber, wie der Auftrag, eine Befugnis erzeugt, auf Kosten des Anweisenden

24) Geschäftsführung, S. 7 fg. Vergl. aus der früheren Zeit meine Actio de in rem verso, S. 19 fg. und von den neueren Lehrbüchern Crome, Bd. 2 § 252.

25) Novation und Delegation, z. B. S. 49: „Die Delegation als solche hat mit dem Mandat gar nichts zu tun." Viel maßvoller ist Windscheid, Pandekten, § 422.

Aufwendungen, hier Leistungen an den Assignatar, vorzunehmen[26]). Wird die Anweisung freiwillig befolgt, so geschieht das, wie das Gesetz in § 783 statuiert, „auf Rechnung" des Anweisenden, d. h. der Angewiesene hat (wenn nicht nach der positiven Vorschrift des § 787 I Befreiung von einer Forderung des Anweisenden eintritt), gegen diesen einen Regreßanspruch, welcher dem des Beauftragten in allen Stücken entsprechen müßte: denn beide, Mandatar und Angewiesener, leisten auf Veranlassung des A und sollen die zunächst eintretende Minderung ihres Vermögens auf A abwälzen können. Die Ermächtigung des Angewiesenen enthebt den D, wie das Mandat, der Notwendigkeit, die utilitas seiner Auslage zu behaupten: er kann sich, wie der Beauftragte, auf den ihm gegenüber erklärten Willen des A berufen.

Darum gab der I. Entwurf in § 608 I, 1 dem Angewiesenen mit Recht eine a. mand. contraria utilis, „sofern nicht aus dem zwischen den Angewiesenen und dem Anweisenden getroffenen Vereinbarungen ein anderes sich ergibt". Solche Verabredungen können z. B. sein: daß A die für ihn von D ausgelegte Summe als Darlehnsvaluta oder als Schenkung betrachten soll. Der Regreß des D ist im ersten Falle ersetzt durch einen Darlehnsanspruch (entsprechend B.G.B. § 607), im zweiten Falle ausgeschlossen (nach § 685 I). Auch in diesen Fällen handelt es sich um eine Leistung, welche D für Rechnung des A vornimmt, d. h. um eine Auslage, die er für ihn macht, nur wird der normale Ersatzanspruch durch die besonderen Rechtsverhältnisse zwischen A und D absorbiert.

Die II. Kommission hat, in Verkennung des Umstandes, daß, wer für Rechnung des A handelt, eo ipso sein Geschäftsführer ist und die Auslagen auf den A abwälzen kann — das

26) Isay, a. a. O. S. 199, 220. Vergl. auch Schloßmann, Stellvertretung, Bd. 1 S. 294 fg.

und nichts anderes bedeuten ja die in § 783 aufgenommenen Worte „für Rechnung des Anweisenden" — den Satz § 608 I, 1 des I. Entwurfes gestrichen[27]) und damit den Angewiesenen mit seinem Regreß prinzipiell auf das zu Grunde liegende Verhältnis verwiesen[28]). D muß also beweisen, daß ihn der Anweisende im konkreten Falle in der Tat zur Zahlung auf seine Rechnung ermächtigte, was nach § 783 in abstracto der normale Inhalt der Anweisung ist, daß also keine besonderen Verabredungen vorlagen, durch die der Regreß modifiziert oder ausgeschlossen ist. Diese Verschiebung des Standpunktes hat, abgesehen von der Frage der Beweislast, zur Folge, daß bei einer Anweisung auf eine Schuld, die in der Tat nicht existiert, D keinen anderen Regreß hat, als die von der fortdauernden Bereicherung des A abhängende cond. indebiti, was, wie Planck[29]) mit Recht hervorhebt, unbillig gegen den D erscheinen kann.

---

27) In den Protokollen S. 8480 ist zu lesen: „es erscheine am wichtigsten, die Anweisung in ihrer wahren Natur, als abstrakte Verbindlichkeit, zu erfassen und demgemäß hinsichtlich ihrer Wirkungen auf kein bestimmtes Rechtsverhältnis zu verweisen". Dieser Satz gehört meines Erachtens zum Unrichtigsten, was über Anweisung gesagt werden kann: denn die Anweisung ist als solche (vor der Annahme) keine Verbindlichkeit, daher auch keine abstrakte Verbindlichkeit; die erst durch die Annahme entstehende Obligation ist allerdings abstrakt, hat aber auch nach § 784 mit dem Deckungsverhältnis gar nichts zu tun. Die Forderung des Anweisungsempfängers aus dem Accept würde ebenso abstrakt bleiben, wenn der Regreß des Acceptanten, wie es der erste Entwurf wollte, im Gesetz als a. mandati utilis bezeichnet wäre.

28) Maßgebend war dabei nach Ausweis der Protokolle die Doktrin des Reichsgerichts (vergl. darüber Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 412 Note 8a) und die Ausführungen von Wendt, Anweisungsrecht, S. 103 fg.

29) Erl. 3 zu § 787. Darum will Planck trotz der von der zweiten Kommission absichtlich vorgenommenen Streichung einen Regreß aus der Anweisung selbst gewähren; ebenso, außer den von ihm zitierten Endemann und Cosack, auch Kipp-Windscheid, Bd. 2 S. 761. Dagegen, im Sinne der zweiten Kommission, Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 424.

Wenn die Zahlungsermächtigung des Angewiesenen, wie wir gesehen haben, zwar kein Auftrag ist, wohl aber eine dem Auftrag sehr nahestehende Gestattung, für Rechnung des Anweisenden eine Zahlung zu leisten, so ergeben sich daraus und aus den besonderen Funktionen, welche die auf Geld, Wertpapiere oder Waren gerichtete Anweisung des § 783 im Verkehr zu erfüllen hat, gewisse Sondersätze, welche im Gesetz für die Anweisung aufgestellt sind und für den (verpflichtenden) Zahlungsauftrag nicht oder wenigstens nicht ohne weiteres gelten:

1) Der Angewiesene darf, statt Zahlung zu leisten, Zahlung versprechen, die Anweisung „annehmen" (§ 784) und damit dem Anweisenden die Befugnis des Widerrufs entziehen (§ 790). Beim Zahlungsauftrag ist es bekanntlich quaestio facti, ob der Beauftragte sich diese Abweichung vom Wortlaut erlauben darf[30]).

2) Ebenso ist es beim Zahlungsauftrag nach den Umständen zu beurteilen, ob der Beauftragte, statt an den X, auf den der Auftrag lautet, an eine andere ihm von X bezeichnete Person zahlen darf. Für die Anweisung hat das Gesetz in § 782 diese Frage abstrakt geregelt: der Angewiesene darf an den Dritten zahlen (oder versprechen), welchem X die Anweisung mit einer schriftlichen Uebertragungserklärung übergeben hat, es sei denn, daß der Anweisende die Uebertragung ausgeschlossen hat.

3) Ob ein Auftrag, an X zu zahlen, mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des X erlischt, läßt sich nicht allgemein sagen. Jedenfalls wird der Beauftragte gut tun, im Sinne von § 665 dem Auftraggeber von diesen Ereignissen Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten. Dagegen

30) Fr. 45 § 4 D. mand. 17, 1.

soll nach § 791 die Anweisung durch solche Ereignisse in der Person des Assignatars nicht erlöschen. Soweit damit ausgesprochen ist, daß die Rechte des Assignatars aus der acceptierten Anweisung bestehen bleiben, ist dieser Paragraph unbedenklich, aber auch ganz selbstverständlich; denn es fehlt an jedem Grunde, warum die von X erworbene Forderung durch seinen Tod oder gar seine Geschäftsunfähigkeit erlöschen sollte. Aber der § 791, der aus dem I. Entwurf unverändert in das Gesetz gekommen ist, sollte nach Ausweis der Motive (S. 567) sich insbesondere auf die nicht acceptierte Anweisung beziehen. Ist dem so, so wäre weiter zu fragen: an wen darf der Angewiesene leisten? Bei Geschäftsunfähigkeit des Assignatars natürlich nur an den Vormund, weil eine Zahlung an den Geschäftsunfähigen selbst unmöglich ist. Wie aber, wenn der Assignatar in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, oder dem Erben des Assignatars die Verfügung über den Nachlaß durch Nachlaßverwaltung oder Testamentsvollstreckung entzogen ist? Da der Assignatar keine Forderung gegen den Angewiesenen hat, die durch die Leistung des Angewiesenen getilgt wird, so gehört die Entgegennahme der Zahlung zu den Rechtsgeschäften des § 107, die dem beschränkt Geschäftsunfähigen lediglich Vorteil bringen, und ist nicht als Verfügung über den Nachlaß zu betrachten (§ 1984, 2211). Man könnte daher meinen, daß die Zahlung an den beschränkt geschäftsfähigen Assignatar resp. den von der Verfügung über den Nachlaß ausgeschlossenen Erben erfolgen dürfe. Aber damit wäre der Erfolg, den der Anweisende durch die Leistung des Angewiesenen im Vermögen des Assignatars herbeizuführen wünscht, oft nicht erreicht, z. B. eine Schuld, die der Anweisende an den Assignatar zahlen wollte, nicht getilgt. Darum möchte ich annehmen, daß die Zahlung der Anweisung an die Person zu erfolgen hat, welcher die Verwaltung des Vermögens des Assignatars zusteht. Jeden-

falls aber handelt der Angewiesene vorsichtiger und mehr im Interesse des Anweisenden, wenn er bei derartigen abnormen Verhältnissen in der Person des Assignatars vorläufig Zahlung und Accept verweigert und dem Anweisenden die Möglichkeit läßt, die Anweisung zu widerrufen.

Fragt man nach den Gründen, die den Gesetzgeber bestimmt haben, die Zahlungsermächtigung für diese Fälle zu statuieren, in denen doch der Angewiesene, wenn er nicht zufällig den § 791 kennt, die schwersten Bedenken tragen wird, von ihr Gebrauch zu machen, so findet man in den Motiven drei Erwägungen, von denen meines Erachtens keine überzeugend ist:

a) Daß die Anweisung kein Auftrag ist, ist richtig, aber daraus folgt nicht, daß bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit dessen, an den gezahlt werden soll, etwas anderes gelten sollte, als beim Auftrag.

b) Das zweite Argument ist die Analogie der Offerte, welche nach § 89 des I. Entwurfs durch den Tod des Adressaten nicht erlöschen sollte. Ohne daß auf den Wert dieser Analogie einzugehen ist, erledigt sich dieses Argument dadurch, daß die II. Kommission die fragliche Bestimmung des § 89 gestrichen hat (vergl. § 153 B.G.B. und die Erläuterung von Planck). Die entsprechende Aenderung des § 791, der in der II. Kommission keiner speziellen Beratung nicht unterlegen zu haben scheint, ist unterblieben [81]).

c) Daß es sich bei der Anweisung meist nicht um eine Sache des persönlichen Vertrauens, sondern um rein vermögensrechtliche Leistungen handelt, ist zuzugeben; aber der Zweck, den A verfolgt, wenn er dem X eine Geldsumme auf dem Wege der Anweisung verschaffen will, wird durch Tod oder Geschäfts-

81) Protokolle, Bd. 2 S. 389.

unfähigkeit des X und sogar durch Beschränkung der Geschäftsfähigkeit vereitelt oder wenigstens gestört; ob z. B. A dem X das Darlehen oder die Schenkung auch für den Fall der Geisteskrankheit zugedacht hat, ist sehr zweifelhaft und meines Erachtens in den meisten Fällen zu verneinen. Daß der Angewiesene trotzdem das Geld auszahlen darf, kann wohl als eine Anomalie des Gesetzes bezeichnet werden. Sie wird bei der Seltenheit der Fälle und der natürlichen Vernunft der Parteien nicht oft zur Geltung kommen, und hätte eine so genaue Besprechung nicht verdient, wenn nicht in einem viel wichtigeren, aber vom Gesetz nicht entschiedenen Fall, beim Konkurs des Assignatars, die Sachlage und deren rechtliche Würdigung eine ganz ähnliche wäre.

4) Im Anschluß an eine Bemerkung in den Protokollen (Bd. 2 S. 391) scheint es die herrschende Meinung[32]) für selbstverständlich zu halten, daß die Anweisung durch Konkurs des Assignatars nicht erlischt, d. h. daß der Angewiesene trotzdem befugt bleibt, auf Rechnung des Anweisenden zu zahlen, und zwar, wie es scheint, an den Konkursverwalter des Assignatars. Daß eine solche Zahlung die Interessen des Anweisenden oft schädigt und fast immer gefährdet, ist unbestreitbar und für den Angewiesenen offensichtlich. Soll man ihm wirklich erlauben, seine Zahlungsermächtigung unter solchen Umständen auszuüben? Wenn man den Angewiesenen, weil er für Rechnung des Anweisenden leistet, als Geschäftsführer des Anweisenden betrachtet, so ergibt sich meines Erachtens aus der bona fides für ihn die Verpflichtung, die Zahlung zu unterlassen und die Entschließung des Anweisenden abzuwarten. Allerdings ist dieser Rechtssatz im Gesetz so wenig ausgesprochen, wie das, was die herrschende Meinung lehrt. Aber

32) Planck zu § 791; Düringer, S. 433; Crome, § 309 Note 22; Jäger, K.O. § 23 Anm. 20.

man beachte folgende Parallele: Wenn der Schuldner D befugt ist, seine Schuld, statt an den Gläubiger A, an X zu zahlen, so kann diese Befugnis beruhen: entweder auf einer stets widerruflichen Anweisung des Gläubigers oder auf einer vertragsmäßigen und daher unwiderruflichen Verabredung mit dem Gläubiger. Wenn nun für letzteren Fall im Gemeinen Recht und ebenso im B.G.B. mit Recht angenommen wird, daß der Schuldner an den solutionis causa adiectus nicht zahlen darf, falls in dessen Person außerordentliche Umstände, z. B. Konkurs, eingetreten sind, die den Zahlungszweck gefährden[33]), so fragt man sich vergebens, warum die jederzeit widerrufliche Anweisung vom Angewiesenen mit äußerster Schärfe ausgeübt werden darf, warum der Angewiesene die sich ihm unvermutet bietende Gelegenheit, den Gläubiger zu schädigen, ohne jedes Bedenken ausnützen darf. Ich meine daher, daß der Angewiesene bei Konkurs des Assignatars Zahlung und Accept in Voraussicht des aller Wahrscheinlichkeit nach bevorstehenden Widerrufs vorläufig zu unterlassen hat. Nur wenn er in Unkenntnis des Konkurses an den Assignatar zahlt oder ihm gegenüber acceptiert, kann er seine Leistung dem Anweisenden anrechnen. Daß die Forderung aus dem Accept gültig entstanden ist, trotzdem der Assignatar in Konkurs war, ergibt sich aus ihrer abstrakten Natur und ihrer Unabhängigkeit vom Deckungs- und Valutarverhältnis. Ob diese Forderung, resp. das an den Assignatar gezahlte Geld in die Konkursmasse des Assignatars fällt, ist weiter unten zu untersuchen.

5) Vom Tode des Angewiesenen bleibt die Anweisung unberührt (§ 791), während der Auftrag durch den Tod des Beauftragten im Zweifel erlischt (§ 673). Der Grund dieses Unterschiedes ist in zwei Umständen zu suchen: darin, daß die

---

33) Vergl. Windscheid, Bd. 2 § 342 Note 38, und Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 123 fg.

unfähigkeit des X und sogar durch Beschränkung der Geschäftsfähigkeit vereitelt oder wenigstens gestört; ob z. B. A dem X das Darlehen oder die Schenkung auch für den Fall der Geisteskrankheit zugedacht hat, ist sehr zweifelhaft und meines Erachtens in den meisten Fällen zu verneinen. Daß der Angewiesene trotzdem das Geld auszahlen darf, kann wohl als eine Anomalie des Gesetzes bezeichnet werden. Sie wird bei der Seltenheit der Fälle und der natürlichen Vernunft der Parteien nicht oft zur Geltung kommen, und hätte eine so genaue Besprechung nicht verdient, wenn nicht in einem viel wichtigeren, aber vom Gesetz nicht entschiedenen Fall, beim Konkurs des Assignatars, die Sachlage und deren rechtliche Würdigung eine ganz ähnliche wäre.

4) Im Anschluß an eine Bemerkung in den Protokollen (Bd. 2 S. 391) scheint es die herrschende Meinung[32]) für selbstverständlich zu halten, daß die Anweisung durch Konkurs des Assignatars nicht erlischt, d. h. daß der Angewiesene trotzdem befugt bleibt, auf Rechnung des Anweisenden zu zahlen, und zwar, wie es scheint, an den Konkursverwalter des Assignatars. Daß eine solche Zahlung die Interessen des Anweisenden oft schädigt und fast immer gefährdet, ist unbestreitbar und für den Angewiesenen offensichtlich. Soll man ihm wirklich erlauben, seine Zahlungsermächtigung unter solchen Umständen auszuüben? Wenn man den Angewiesenen, weil er für Rechnung des Anweisenden leistet, als Geschäftsführer des Anweisenden betrachtet, so ergibt sich meines Erachtens aus der bona fides für ihn die Verpflichtung, die Zahlung zu unterlassen und die Entschließung des Anweisenden abzuwarten. Allerdings ist dieser Rechtssatz im Gesetz so wenig ausgesprochen, wie das, was die herrschende Meinung lehrt. Aber

32) Planck zu § 791; Düringer, S. 433; Crome, § 309 Note 22; Jäger, K.O. § 23 Anm. 20.

man beachte folgende Parallele: Wenn der Schuldner D befugt ist, seine Schuld, statt an den Gläubiger A, an X zu zahlen, so kann diese Befugnis beruhen: entweder auf einer stets widerruflichen Anweisung des Gläubigers oder auf einer vertragsmäßigen und daher unwiderruflichen Verabredung mit dem Gläubiger. Wenn nun für letzteren Fall im Gemeinen Recht und ebenso im B.G.B. mit Recht angenommen wird, daß der Schuldner an den solutionis causa adiectus nicht zahlen darf, falls in dessen Person außerordentliche Umstände, z. B. Konkurs, eingetreten sind, die den Zahlungszweck gefährden [33], so fragt man sich vergebens, warum die jederzeit widerrufliche Anweisung vom Angewiesenen mit äußerster Schärfe ausgeübt werden darf, warum der Angewiesene die sich ihm unvermutet bietende Gelegenheit, den Gläubiger zu schädigen, ohne jedes Bedenken ausnützen darf. Ich meine daher, daß der Angewiesene bei Konkurs des Assignatars Zahlung und Accept in Voraussicht des aller Wahrscheinlichkeit nach bevorstehenden Widerrufs vorläufig zu unterlassen hat. Nur wenn er in Unkenntnis des Konkurses an den Assignatar zahlt oder ihm gegenüber acceptiert, kann er seine Leistung dem Anweisenden anrechnen. Daß die Forderung aus dem Accept gültig entstanden ist, trotzdem der Assignatar in Konkurs war, ergibt sich aus ihrer abstrakten Natur und ihrer Unabhängigkeit vom Deckungs- und Valutarverhältnis. Ob diese Forderung, resp. das an den Assignatar gezahlte Geld in die Konkursmasse des Assignatars fällt, ist weiter unten zu untersuchen.

5) Vom Tode des Angewiesenen bleibt die Anweisung unberührt (§ 791), während der Auftrag durch den Tod des Beauftragten im Zweifel erlischt (§ 673). Der Grund dieses Unterschiedes ist in zwei Umständen zu suchen: darin, daß die

33) Vergl. Windscheid, Bd. 2 § 342 Note 38, und Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 128 fg.

Geschäftsführung bei der Anweisung vermöge ihres Gegenstandes (Zahlung von Geld rc.) kein besonderes Vertrauen zu den persönlichen Eigenschaften des Angewiesenen voraussetzt, und darin, daß der Angewiesene, wie seine Erben, zur Zahlung nur berechtigt, nicht verpflichtet sind, während das Gesetz die Erben des Mandatars mit gutem Grunde nicht über das Maß des § 673 hinaus mit Pflichten belasten wollte.

6) Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers (§ 672). Dasselbe gilt für Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden (§ 791). In beiden Fällen kann Erbe oder Vormund den Widerruf ausüben. Dagegen bestimmt K.O. § 23, daß der Auftrag durch den Konkurs des Auftraggebers erlischt: die Konkursmasse soll nicht affiziert werden durch Geschäfte, die jemand auf Rechnung des Gemeinschuldners führt. Dasselbe muß meines Erachtens für die Anweisung gelten, da der Angewiesene als Geschäftsführer des Anweisenden auf dessen Rechnung handelt, wenn auch nicht kraft Verpflichtung, so doch kraft Gestattung. K.O. § 23 spricht zwar nur von dem Fall, daß jemand durch Vertrag — Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag — zur Geschäftsführung für den Gemeinschuldner verpflichtet war; aber der Grund, warum das Gesetz diese Rechtsverhältnisse durch die Konkurseröffnung untergehen läßt, ist offenbar nicht darin zu suchen, daß der Beauftragte rc. von seinen Verpflichtungen befreit werden solle, sondern darin, daß die Konkursmasse nicht durch Handlungen Dritter belastet werden soll, welche kraft einer vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung erteilten Erlaubnis auf sein Vermögen zurückwirken. So wenig der Gemeinschuldner selbst durch seine Handlungen die Konkursmasse affizieren darf (K.O. § 7), so wenig sollen es die Personen tun können, welche, auf seine Rechnung handelnd, zunächst ihr eigenes Vermögen mindern, zugleich aber die Konkurs-

masse mit einem Regreßanspruch belasten würden. Darum scheint es mir geboten, den § 23 K.O. auf die Zahlungsermächtigung des Angewiesenen analog anzuwenden; ebenso aber auch den in diesem Paragraphen zitierten § 674 B.G.B.: solange der Angewiesene die Eröffnung des Konkurses nicht kennt oder kennen muß, besteht die dem Auftrag entsprechende Ermächtigung zu seinen Gunsten weiter, d. h. er erwirbt einen Regreßanspruch (der allerdings nach K.O. § 27 nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann) und wird, wenn die Anweisung auf Schuld erteilt war, nach Maßgabe von K.O. § 8 von seiner Schuld befreit. Der Zahlung in Unkenntnis der Konkurseröffnung muß aber die Annahme der Anweisung in Unkenntnis der Konkurseröffnung gleichstehen: denn der Angewiesene war ermächtigt, wie durch Zahlung sein Vermögen für Rechnung des Anweisenden zu vermindern, so durch Accept sein Vermögen für Rechnung des Anweisenden zu belasten. Er hat daher für den Fall, daß er auf die angenommene Anweisung zahlt, arg. § 674 Regreß resp. Befreiung von seiner Schuld gegenüber der Konkursmasse erworben. Zum selben Resultat kommen Seuffert, Konkursprozeß, S. 174 Note 7 und Düringer-Hachenburg, Bd. 2 S. 432, sowie Jäger, Konkursordnung, der allerdings zu § 23 in Note 16 fg. die volle Unabhängigkeit der Anweisung vom Konkurse des Anweisenden lehrt, jedoch in Note 3 fg. zu § 8 bei Anweisung auf Schuld dem Angewiesenen die Bezahlung resp. Annahme der Anweisung mit Wirkung gegen die Konkursmasse des Anweisenden nur so lange gestattet, als er die Konkurseröffnung nicht kennt. Konsequenter als Jäger folgert Staub, Anm. 15 zu H.G.B. § 363, aus der Annahme, daß die Anweisung den Rechtssätzen des Auftrages nicht unterliegt: „Der Assignat kann trotz der Konkurseröffnung über den Anweisenden die Anweisung acceptieren und honorieren, auch wenn er von

der Konkurseröffnung Kenntnis hat." Wenn Staub damit sagen will, daß aus einer unter diesen Umständen vorgenommenen Bezahlung der Anweisung bei Anweisung auf Schuld volle Befreiung des Angewiesenen, bei Anweisung auf Kredit ein Regreßanspruch gegen die Konkursmasse des Anweisenden entsteht, so scheint mir das Resultat aus den oben angegebenen Gründen, wenn nicht gegen den Wortlaut, so gegen den Sinn von K.O. § 8 resp. § 23 und 27 zu verstoßen.

5. Die Empfangsermächtigung des Assignatars.

Der Assignatar ist befugt, die Leistung des Angewiesenen zu erheben. Diese Befugnis ist, wie oben dargelegt, keine Vollmacht. Das Gesetz (§ 783) hebt diesen Unterschied hervor, indem es von Erhebung der Leistung im eigenen Namen spricht, während Stellvertretung und Vollmacht Handeln in fremdem Namen voraussetzen (§ 164). Was der Angewiesene zahlt, hat er für den Anweisenden ausgelegt, aber eben deshalb kann es nicht als an diesen geleistet gelten. Dem entspricht es, daß die Annahme der Anweisung den Angewiesenen zum Schuldner nicht des Anweisenden, sondern des Assignatars macht.

Die Ermächtigung des Assignatars ist aber auch kein Auftrag, kein Inkassomandat. Denn die Anweisung als solche verpflichtet den Assignatar nicht zur Erhebung der Leistung, sowenig wie den Angewiesenen zur Bewirkung der Zahlung. Allerdings kann die Anweisung zum Zweck eines Inkassoauftrages erteilt sein, so wie sie auf der anderen Seite mit einem Zahlungsauftrag verbunden sein kann, aber das ist bekanntlich gewöhnlich nicht der Fall, vielmehr dient die Anweisung meistens dazu, dem Assignatar solvendi, credendi, donandi causa eine Geldsumme zu verschaffen. Nur aus Rücksichten der bona fides hat das Gesetz in § 789 dem Assignatar Anzeigepflichten

auferlegt, damit der Anweisende, der in der Regel Grund hat, auf die Einlösung der Anweisung zu rechnen, keinen Schaden leide [34]).

Wenn nun die Ermächtigung des Assignatars keine Verpflichtung für ihn begründete, die Leistung entgegenzunehmen, so liegt es nahe, von einer Befugnis zur Erhebung der Leistung zu sprechen. Aber auch damit wäre, wie mir scheint, die Ermächtigung des Assignatars nicht zutreffend charakterisiert. Denn wenn mir D Zahlung oder ein Versprechen anbietet, so bedarf ich doch keines Anderen Erlaubnis, um das Geld oder das Versprechen entgegenzunehmen. Die besondere Wirkung der Ermächtigung ist vielmehr darin zu suchen, daß, was der Assignatar vom Angewiesenen erhält, als eine Zuwendung des Anweisenden zu gelten hat: vermöge der Zahlungsermächtigung zahlt der Angewiesene für Rechnung des Anweisenden, vermöge der Empfangsermächtigung erwirbt der Assignatar von dem Anweisenden; die causa seines Erwerbes, die sonst in seinem Verhältnis zum Angewiesenen zu suchen wäre, ist, weil er vom Anweisenden zum Empfang ermächtigt ist, zwischen diesem und ihm gelegen. Die Zahlungsermächtigung allein, ohne Empfangsermächtigung, würde diese Wirkung nicht haben: wenn z. B. A den D ermächtigt, auf seine Rechnung an X 100 Mark zu zahlen, ohne, wie bei der Anweisung, den X zur Empfangnahme zu ermächtigen, so wäre X zwar selbstverständlich befugt, das Geld zu empfangen, das ihm D freiwillig anbietet, aber die diesen Erwerb rechtfertigende causa wäre zwischen D und X zu suchen: es käme darauf an, ob D das Geld credendi oder donandi causa gegeben hat, eventuell könnte D in Ermangelung einer causa das Geld zurückverlangen. Nur die Empfangsermächtigung des Assignatars

34) Vergl. darüber neuerdings Wieland, a. a. O. S. 211 fg.

X ermöglicht es, daß die Zahlung des D an ihn ohne jede causa zwischen ihnen wirksam zu stande kommt, weil für die erhaltene Leistung durch die Ermächtigung Kausalbeziehungen zwischen X und dem Anweisenden A hergestellt werden.

Daß die Ermächtigung dem Assignatar keine Rechte gegen den Angewiesenen verleiht, ergibt sich unbestrittenermaßen aus der Struktur der Anweisung. Der Assignatar kann mit größerer oder geringerer Sicherheit darauf rechnen, daß die Anweisung honoriert wird, und diese Erwartung, die einen bedeutenden tatsächlichen Wert haben kann, hat er dem Anweisenden zu verdanken, wie er auch die Leistung, wenn er sie erhält, vermöge der Empfangsermächtigung als Zuwendung des Anweisenden zu betrachten hat, aber diese Erwartung bleibt, so lange nicht gezahlt oder acceptiert ist, eine spes acquirendi, abhängig von zwei Momenten: von dem guten Willen des Angewiesenen (§ 787) und von dem Fortbestand der Zahlungsermächtigung; wird letztere widerrufen (§ 790), so kann es nur durch ein Versehen des Angewiesenen geschehen, daß die Anweisung bezahlt wird [85]).

Allerdings kann die Anweisung abgetreten werden (§ 792 I), und daraus entsteht auf den ersten Blick der Schein, als sei

85) Zahlt D (aus Versehen) auf eine Anweisung des A, die ihm gegenüber widerrufen ist, so ist er nicht ermächtigt, seine Zahlung als für Rechnung des A vorgenommen diesem anzurechnen. Aber wenn die Anweisung nicht auch dem X gegenüber widerrufen ist, besteht seine Empfangsermächtigung fort, was zur Folge hat, daß X die Leistung des D nur noch als Zuwendnng des A betrachten kann. Er hat also das Geld nicht sine causa erhalten und ist daher einer cond. sine causa des D nicht ausgesetzt (wie das der Fall wäre, wenn auch ihm gegenüber die Anweisung widerrufen wäre oder wenn er eine gültige Empfangsermächtigung von A nie erhalten hätte). D kann sich vielmehr nur an A halten, den er indirekt dadurch bereichert hat, daß seine Zahlung an X als Zuwendung des A an X zu gelten hat und deswegen dem A in irgend einer Weise zu Gute kommt.

die Anweisung ein Recht des Anweisungsempfängers[36]) oder wenigstens, wie die Vollmacht, eine rechtliche Fähigkeit, die auf einen anderen übertragen werden kann. Aber die Abtretung der Anweisung von X an Y bedeutet meines Erachtens nur, daß der Angewiesene D, wie oben S. 21 gesagt, befugt ist, auf Rechnung des A nicht nur an den in der Anweisung genannten X, sondern auch an einen anderen, Y, zu leisten, welcher die Anweisung durch eine in Schriftform mit X getroffene Vereinbarung erhalten hat. Damit hat X dem Y dieselbe tatsächliche, vom Widerruf des A und vom guten Willen des D abhängige, Erwerbsmöglichkeit verschafft, die er selbst dem A verdankte[37]).

Da nun die Anweisung für X wie für Y eine Aussicht auf Vermögenserwerb, aber noch keinen Vermögensbestandteil darstellt, so scheint es mir sehr zweifelhaft, ob man mit Dernburg[38]) annehmen darf, daß die Anweisung, bevor sie acceptiert ist, von den Gläubigern des Assignatars gepfändet werden kann. Es kann sich nur um die Pfändung der künftigen

36) Allerdings sagen die Protokolle, Bd. 2 S. 390 zum § 792 „es komme wesentlich darauf an, im Gesetz auszusprechen, daß die Stellung des Anweisungsempfängers als ein im Sinne des § 413 B.G.B. übertragbares Recht anzusehen sei". Aber dieser Absicht der Kommission ist, wenn man mit dem Worte „Recht" einen irgendwie bestimmten Begriff verbinden und nicht jede Möglichkeit eines Erwerbes als „Recht" bezeichnen will, im Gesetze nicht verwirklicht, solange der für den Anweisungsempfänger in Aussicht stehende Erwerb vom freien Willen des Anweisenden (§ 790) und des Angewiesenen (§ 787) abhängt.

37) Die Kausalbeziehungen zwischen A und X bleiben von der Weitergabe der Anweisung von X an Y unberührt, und Y tritt in keine Beziehung zu A: zahlt der Angewiesene D, so gilt die gezahlte Summe nicht als Leistung des A an Y, sondern als Leistung des A an X und zugleich als Leistung von X an Y; jeder dieser beiden Zuwendungen hat ihre eigene causa.

38) Schuldverhältnisse, Bd. 2 S. 218. Ebenso Jäger, Anm. 20 zu K.O. § 23 (Denn Zugehörigkeit zur Konkursmasse setzt nach K.O. § 1 Pfändbarkeit voraus), und Crome, § 308 Note 5.

Forderung[39]) aus dem Accept handeln, welche arg. C.P.O. § 829 durch Zustellung an den Angewiesenen als an den künftigen Schuldner zu bewirken wäre. Die Anweisungsurkunde könnte sich der Pfändungsgläubiger arg. C.P.O § 836 III verschaffen. Aber ein solches Vorgehen ist wenig aussichtsvoll, da der Pfändungsgläubiger mit der naheliegenden Möglichkeit rechnen muß, daß der Angewiesene das Accept verweigert[40]).

Da die Anweisung kein Vermögensstück, sondern nur eine Aussicht auf Erwerb von Vermögen ist, so kann sie nicht zur Konkursmasse des Assignatars gehören (K.O. § 1), so wenig wie andere Erwerbsaussichten des Gemeinschuldners, z. B. eine an ihn gestellte verbindliche Vertragsofferte[41]). Anderer Ansicht sind die Protokolle[42]) und im Anschluß an sie die meisten Autoren[43]); zum Teil unter Berufung darauf, daß die Anweisung „je nach Umständen mehr oder minder erheblichen Vermögenswert hat"[44]) und daher als Vermögensbestandteil

39) Ueber die Möglichkeit der Pfändung künftiger Forderungen vergl. Deutsche Juristenzeitung 1904, S. 400 und 431.

40) Dagegen kann der Gläubiger des X selbstverständlich eine etwa vorhandene Forderung des X gegen A pfänden, z. B. die Forderung, zu deren Bezahlung die Anweisung dem X erteilt worden ist.

41) Jäger, K.O. § 6 Anm. 32. Crome, a. a. O. Note 3 will die nicht acceptierte Anweisung nach Analogie der bedingten Forderungen behandeln, welche anerkanntermaßen der Pfändung unterliegen und zur Konkursmasse gehören. Diese Analogie trifft meines Erachtens nicht zu: bei bedingter Forderung ist der Schuldner gebunden, bei der Anweisung dagegen hängt die Zahlung vom freien Willen des Angewiesenen ab; die Anweisung könnte daher nur mit einer Forderung verglichen werden, die von der Bedingung si debitor voluerit abhängt. Eine in dieser Weisung bedingte Forderung dürfte aber doch wohl ein ungeeignetes Objekt der Pfändung sein und nicht zur Konkursmasse gehören.

42) Bd. 2 S. 390.

43) z. B. Jäger, K.O. § 23 Anm. 20; Düringer, S. 433, Crome, § 308 Note 5.

44) Dernburg, Schuldverhältnisse, Bd. 2 S. 219.

anzusehen ist. Aber der Vermögenswert der nicht acceptierten Anweisung ist nach dem, was oben S. 30 ausgeführt wurde, ein sehr problematischer: der Angewiesene wird, wenn er vom Konkurs weiß, Bedenken tragen, die Anweisung zu honorieren, weil er damit in der Regel gegen seine Pflichten gegenüber dem Anweisenden verstößt, und darum ist es auch sehr zweifelhaft, ob es dem Konkursverwalter, worauf die Protokolle besonders hinweisen, gelingt, die Anweisung durch Veräußerung zu verwerten; denn es wird sich schwerlich jemand finden, der eine so unsichere Erwerbsaussicht mit barem Gelde bezahlt. Aber selbst wenn man von der faktischen Unverwertbarkeit der Anweisung absieht, so kann die Anweisung aus rechtlichen Gründen nicht zum Vermögen des Schuldners gezählt werden: denn das Vermögen besteht, wenn man den Begriff juristisch und nicht nationalökonomisch faßt, aus Rechten und nicht aus Erwerbsmöglichkeiten. Die Konkursmasse hat also mit der Anweisung nichts zu tun, dafür hat sie, wenn die Anweisung zahlungshalber erteilt war, die Ansprüche aus dem Valutaverhältnis.

Die Anweisung verbleibt also dem Gemeinschuldner; sie ist für ihn in der Regel wertlos, da der Angewiesene Zahlung und Accept verweigern wird. Aber es kann geschehen, daß der Angewiesene, in Unkenntnis des Konkurses, zahlt resp. acceptiert. Er kann dann, wie oben S. 27 gesagt, seine Leistung dem Anweisenden anrechnen. Ist es nun nicht unbillig, wenn unter solchen Umständen das Geld resp. die Forderung aus dem Accept in das konkursfreie Vermögen des Assignatars fällt? Um dieses Resultat zu vermeiden, will die herrschende Meinung der nicht acceptierten Anweisung den Charakter eines Vermögensrechts vindizieren. Ich glaube, man muß, ehe man sich von unbestimmten Billigkeitsgefühlen leiten läßt, das Valutaverhältnis näher ins Auge zu fassen: war die

Anweisung donandi causa erteilt, so scheint es mir der Grundidee des § 1 K.O. vollkommen zu entsprechen, daß der Gemeinschuldner eine Schenkung, die ihm nach der Konkurseröffnung zufällt, für sich erwirbt. Ebenso bei causa credendi: denn da der Anweisende durch das nach der Konkurseröffnung erteilte Darlehen zweifellos nicht Konkursgläubiger wird, so wäre es höchst unbillig, wenn, wie die herrschende Lehre annimmt, die Valuta seines Darlehens in die Konkursmasse fiele. Zweifelhaft könnte nur der allerdings häufigste Fall sein, daß die Anweisung solvendi causa erteilt ist, aber auch hier scheinen mir die Resultate meiner Ansicht durchaus angemessen zu sein: hat der Angewiesene gezahlt, so ist der Anweisende nach K.O. § 8 den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit befreit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist[45]; was der Gemeinschuldner nicht an den Konkursverwalter abgeliefert hat, kann der Anweisende, wenn er nochmals an die Konkursmasse hat zahlen müssen, von ihm mit der cond. ob causam zurückverlangen[46]. Hat der Assignatar ein Accept erlangt, so ist seine Forderung gegen den Angewiesenen nach § 784 wirksam begründet, und der Anweisende mit dem Regreß des Angewiesenen belastet. Aber wenn man in Betracht zieht, daß der Anweisende dem Assignatar die Forderung gegen den Angewiesenen solvendi causa zugewendet hat, so wird man, wenn der Zahlungszweck dadurch vereitelt wird, daß der Assignatar

45) Oder wenn die Zahlung in Unkenntnis der Konkurseröffnung geschehen ist (K.O. § 8 II und III). Auf wessen Kenntnis kommt es an? Man wird meines Erachtens, wie bei Zahlung durch einen Vertreter (Jäger, K.O. § 8 Anm. 19), annehmen müssen, daß die Kenntnis des Angewiesenen die Gültigkeit der Zahlung ausschließt, aber auch die Kenntnis des Anweisenden, sofern er noch die faktische Möglichkeit des Widerrufs hatte. Daß die Zahlung bei Kenntnis des Angewiesenen unwirksam ist, hat für den Anweisenden keine schädlichen Folgen, da er, wie oben erörtert, eine solche Zahlung sich nicht braucht anrechnen zu lassen.

46) Jäger, K.O. § 8 Anm. 6.

Forderung resp. Erlös der Konkursmasse vorenthält, dem Anweisenden eine cond. ob causam auf Herausgabe der Forderung gewähren. Diese condictio kann der Anweisende dem Angewiesenen abtreten, woraus für diesen eine nach § 784 I zulässige Einrede gegen den Assignatar erwächst. Der Anweisende wird diese Cession vornehmen, weil er sonst, wenn der Angewiesene zahlt, diese Zahlung als für seine Rechnung geschehen tragen muß.

6. Die Widerruflichkeit der Anweisung.

Das Verhältnis der beiden Ermächtigungen, die das Gesetz in der Anweisung unterscheidet, zueinander, sowie der Gegensatz von Anweisung auf Schuld und Inkassovollmacht zeigt sich besonders deutlich in den Rechtssätzen, die für den Widerruf gelten.

Daß der Angewiesene als Geschäftsführer des Anweisenden — mit dessen Willen, wenn auch ohne zur Geschäftsführung verpflichtet zu sein — leistet, hat zur Folge, daß ihm diese Befugnis jederzeit durch Widerruf des Anweisenden entzogen werden kann (§ 790 I)[47]. Der Anweisungsempfänger verliert damit die ihm in Aussicht gestellte Möglichkeit des Erwerbs.

47) Düringer, S. 482 hält es für möglich, daß der Anweisende, in der Anweisung dem Angewiesenen gegenüber auf den Widerruf verzichtet. Eine solche Anweisung müßte z. B. lauten: „Zahlen Sie, ohne einen Widerruf von mir zu beachten, 100 Mark an X." Ich glaube, daß der Anweisende das von Düringer gewünschte Resultat auf dem Wege der Anweisung, d. h. durch einseitige Erklärung an den Angewiesenen, nicht herstellen kann. Denn er kann nach § 790, 1 die ganze Anweisung einschließlich der Klausel über den Widerruf durch Erklärung an den Angewiesenen widerrufen. Anders wäre meines Erachtens zu entscheiden, wenn A dem X eine Inkassovollmacht erteilt und diese Vollmacht dem Schuldner gegenüber als unwiderrufliche bezeichnet: damit würde A dem Schuldner den Vertragsantrag stellen, den X zum solutionis causa adiectus zu machen. Diesen Antrag könnte der Schuldner unter Umständen stillschweigend acceptieren.

Insoweit ist seine Empfangsermächtigung gegenstandslos geworden: sie dient ja nur zur rechtlichen Charakterisierung des auf Grund der Anweisung erhobenen Geldes als einer Zuwendung von seiten des Anweisenden. Nur ausnahmsweise käme bei Widerruf der Zahlungsermächtigung die Empfangsermächtigung des X zur Geltung: wenn nämlich D trotz des Widerrufs dennoch die Anweisung einlöst; dann ist das, was X erhält, weil es vermittelst der Anweisung des A erworben ist, als von diesem an X geleistet zu betrachten; D hat keine condictio gegen X, sondern muß sich an A halten[48]).

Das der Empfangsermächtigung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis kann, wie wir oben gesehen haben, ein sehr verschiedenes sein: A kann verpflichtet sein, dem X die Summe zu verschaffen, auf welche die Anweisung lautet, so z. B. wenn die Anweisung solvendi causa erteilt ist[49]), oder es kann eine solche Verpflichtung fehlen, wie z. B. bei causa donandi[50]),

48) Vergl. oben Note 35. Schon hier zeigt sich der Unterschied von Anweisung und Vollmacht: würde D auf eine ihm gegenüber wirksam widerrufene Vollmacht an den X zahlen, was er dem Vollmachtgeber A schuldet, so hätte er die cond. indebiti gegen X.

49) oder credendi causa; in diesem Fall würde ich nicht mit Lenel, a. a. O. S. 120 eine Offerte zu einem Darlehen annehmen, sondern, da durch Geben und Nehmen der Anweisung eine Einigung zu stande gekommen ist, ein pactum de mutuo dando, von welchem der Darlehensgeber nur unter den Voraussetzungen des § 610 abgehen kann.

50) Die Leistung des Schenkers ist nicht eher bewirkt, als bis der Angewiesene geleistet hat, § 788 (welcher Paragraph sich auf Zuwendungen aus jeglicher causa, nicht bloß der causa solvendi, bezieht). Darum liegt keine perfekte Schenkung im Sinne von § 518 II vor, es könnte sich nur um ein Schenkungsversprechen handeln, welches in Ermangelung der Form unverbindlich wäre. Ebenso Endemann, Bd. 1 § 195 Note 16, der aber meines Erachtens zu Unrecht behauptet, daß der „Schenkungsvertrag" sich nicht mit der Leistung des Angewiesenen vollzieht. Die Einigung über die causa donandi, welche nach § 516 I zu der Zuwendung hinzutreten muß, damit eine Schenkung entsteht, ist hier vor der Zuwendung erfolgt (durch Geben und Nehmen der Anweisung), und eben deshalb nach § 518 unverbindlich, solange die Zuwendung noch aussteht.

oder wenn X Mandatar des A ist. Im Falle der Verpflichtung macht sich der Anweisende durch den Widerruf schadensersatzpflichtig, aber der Angewiesene hat als Geschäftsführer des Anweisenden nur dessen Weisungen zu befolgen und sich nicht darum zu kümmern, welche Rechtsbeziehungen zwischen seinem Geschäftsherrn und Dritten bestehen. Um jeden Zweifel zu heben, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber widerrufen werden kann, „auch wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt“ (§ 790).

Im Gegensatz zu der unbedingten Widerruflichkeit der Anweisung hat das Gesetz in § 168 die Möglichkeit einer Vollmacht anerkannt, bei welcher der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten gegenüber auf den Widerruf verzichtet. Wie man auch de lege ferenda darüber denkt, ob es zweckmäßig war, in der unwiderruflichen Vollmacht [insbesondere bei der Inkassovollmacht[51]] ein Zwischengebilde zwischen Vollmacht und Cession zu schaffen und damit die Entwickelungsstufe wiederherzustellen, welche die Römer in ihrem procurator in rem suam gekannt und überwunden haben; gegenüber dem klaren Wortlaut des § 168 und der unzweideutigen Absicht des Gesetzgebers, die aus den Protokollen ersichtlich ist[52]), läßt sich meines Erachtens nicht bestreiten, daß wir ein solches Gebilde im Gesetze haben, mit welchem sich Theorie und Praxis ab-

51) Bei anderem Inhalt der Vollmacht (Vollmacht zur Veräußerung, zur Begründung von Verbindlichkeiten) scheinen mir der unwiderruflichen Vollmacht in konstruktiver Beziehung weniger Bedenken entgegenzustehen als bei der unwiderruflichen Inkassovollmacht, welche, wie unten dargelegt, entweder ihren Zweck nicht erfüllt oder von der Cession nicht zu unterscheiden ist.

52) und aus der in zweiter Lesung aufgenommenen Bestimmung des § 176 III, auf welche mit Recht Isay, a. a. O. S. 219 hinweist.

finden müssen[58]). Insbesondere muß man sich fragen, warum der Gesetzgeber das, was er bei der Anweisung ausschließt, die Unentziehbarkeit der Empfangsermächtigung, bei der Vollmacht für möglich erklärt. Warum soll, um das in den Protokollen erwähnte Beispiel zu nehmen, die Vollmacht, welche der Eigentümer dem Hypothekengläubiger zur Einziehung der Mietzinsen gibt, unwiderruflich sein, während eine Anweisung auf diese Schulden, welche der Eigentümer dem Gläubiger erteilen würde, nach § 790 durch Widerruf vereitelt werden könnte? Dieser Unterschied in den Rechtswirkungen beruht meines Erachtens, wie der ganze Gegensatz zwischen Inkassovollmacht und Anweisung auf der Verschiedenheit der Fassung beider Urkunden: der Assignatar hat mit der Forderung des Anweisenden A gegen den Angewiesenen D nichts zu tun; wenn D an den Assignatar X zahlt, so tut er das nicht, weil er als Schuldner des A dazu verpflichtet, sondern weil er als Geschäftsführer des A dazu ermächtigt ist. Wenn dagegen X Vollmacht zur Einziehung der Forderung des A bei D erhalten hat, so ist auf ihn, durch konstitutive Uebertragung, ein Teil der Befugnisse des Gläubigers: die Empfangsbefugnis, übergegangen. Solche konstitutive Uebertragungen können in verschiedenem Umfang und zu verschiedenen Zwecken vorkommen: z. B. Cession, Pfandrecht. Die schwächste dieser Uebertragungen: die Vollmacht, bei der nur die Empfangsbefugnis übergeht, ist in der Regel widerruflich, weil sie dem Interesse des Gläubigers dient,

58) Daß der zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem verabredete Widerrufsverzicht nur obligatorische Wirkung habe, behaupten meines Wissens nur Lenel, a. a. O. S. 87 fg. und Hellwig, a. a. O. S. 97 Note 205, letzterer unter Berufung auf die von ihm mit der Empfangsvollmacht identifizierte Anweisung (§ 790). Für den Ausschluß der Möglichkeit des Widerrufs in den Fällen des § 168 sprechen sich alle übrigen Autoren aus, z. B. Dernburg, Allg. Teil, S. 483, und in der letzten Auflage auch Endemann, § 81 Note 37.

bei dem alle anderen Befugnisse aus der Forderung verbleiben. Wenn nun aber die Vollmacht ausnahmsweise im Interesse des Bevollmächtigten bestellt ist, so war es ein naheliegender Gedanke, die Befugnisse des Bevollmächtigten für unentziehbar zu erklären. Allerdings ist dieser Gedanke ohne großen praktischen Wert: denn wenn X wirklich nur die Empfangsbefugnis erhalten hat, so ist dem Gläubiger A dieselbe Befugnis verblieben, und der Schuldner kann trotz der Unwiderruflichkeit der Vollmacht den Erwerb des X vereiteln, indem er an den Gläubiger A zahlt; ferner kann X den Schuldner, der die Zahlung verweigert, nicht dazu zwingen, denn dazu bedarf er einer Prozeßvollmacht des A, die nach den Grundsätzen der C.P.O. stets widerruflich ist[54]); seine Stellung ist also keineswegs so gesichert, wie die Verfasser des II. Entwurfes geglaubt zu haben scheinen, als sie dem § 168 seine jetzige Gestalt gaben.

Wenn aber, was bei unwiderruflicher Einziehungsbefugnis solvendi causa oft, vielleicht meistens, im Sinne der Verabredung liegt, zwischen X und A ausgemacht ist, daß A auf die eigene Erhebung der Forderung verzichtet, dann müßte meines Erachtens eine solche Verabredung überhaupt nicht als Vollmacht, sondern als Cession aufgefaßt werden[55]). Ich sehe darin keine Konversion, gegen welche sich Lenel[56]) ausspricht, denn Konversion (§ 140) kommt nur bei nichtigen Rechtsgeschäften in Frage, während die vorliegende Verabredung in ihrer Gültigkeit nicht zweifelhaft ist, sondern eine sinngemäße juristische Auslegung des Parteiwillens nach § 133 und 157: denn wenn A dem X erlaubt, die Forderung einzuziehen, und selbst darauf verzichtet, so hat er von seinem Gläubigerrechte

54) Hellwig, Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. 29 S. 533.
55) Vergl. Schloßmann, Stellvertretung, Bd. 2 S. 606 fg.
56) a. a. O. S. 39.

alles übertragen und nichts zurückbehalten wollen: eine solche Willensmeinung entspricht aber dem, was das Gesetz in § 398 mit dem Worte Abtretung bezeichnet. Sollten die Parteien in ihrer unmaßgeblichen juristischen Beurteilung ihrer eigenen Verabredung das Wort „Vollmacht" gebraucht haben, so kann das nach allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen der angemessenen rechtlichen Subsumption nicht im Wege stehen[57]), um so weniger, als Vollmacht und Cession formfreie Rechtsgeschäfte sind, bei denen der Gebrauch eines bestimmten Wortes weder genügend noch erforderlich ist[58]). Wenn aber das, was die Parteien Vollmacht nannten, als Cession aufzufassen ist, weil sie unwiderruflich sein und den Gläubiger A ausschließen soll, so ergibt sich von selbst, daß X suo nomine klagen kann; sollte der Schuldner, dem die auf „Vollmacht" lautende Urkunde des A vorgewiesen wird, bestreiten, daß X die Stellung eines Cessionars einnimmt, so muß natürlich X den Beweis antreten, daß seine Verabredung mit A den Sinn der Cession hat. Wenn aber der Schuldner bereit ist an X zu zahlen, so braucht er nicht zu untersuchen, ob Vollmacht oder Cession vorliegt, was unter Umständen nur aus dem inneren Verhältnis zwischen A und X zu entscheiden ist: denn in dem einen, wie in dem anderen Falle wird er durch Leistung an X von seiner Schuld befreit und vermeidet den ihm sonst drohenden Verzug[58a]).

Während so die Vollmacht, wenn sie dem X in rem suam er-

---

57) Wenn die Parteien von „Leihe" sprechen, liegt bisweilen Miete vor, wenn von Miete die Rede ist, ist für die rechtliche Beurteilung Pacht anzunehmen u. s. w.

58) Daraus, daß die unwiderrufliche Inkassovollmacht mit Verzicht des Gläubigers auf eigene Einziehung nichts anderes als Cession ist, ergibt sich unter anderen Konsequenzen, daß die Vorschrift des § 400 nicht auf dem Wege einer Vollmacht in rem suam umgangen werden kann.

58a) Nur wenn sich später herausstellt, daß die Schuld des D nicht existierte, macht es einen Unterschied, ob X die Zahlung als Cessionar oder als Bevollmächtigter erhob: die cond. indeb. geht im ersten Falle gegen X als den vermeintlichen Gläubiger, im zweiten Falle gegen A.

teilt, sich nahe mit der Cession berührt und unter Umständen rechtlich als Cession aufzufassen ist, weil durch die Vollmacht Befugnisse des Gläubigers in größerem oder geringerem Maße auf den Bevollmächtigten übertragen werden, so beruht im Gegensatz dazu die Stellung des Assignatars, selbst wenn es sich um eine Anweisung auf Schuld handelt, durchaus nicht darauf, daß er zu diesem Schuldverhältnis in irgend welche Beziehungen tritt, sondern ausschließlich darauf, daß der Angewiesene ermächtigt ist, für Rechnung des Anweisenden zu zahlen. Der Gläubiger A kann beide Wege benutzen, um das ihm von D geschuldete Geld dem X zu verschaffen; welchen er gewählt hat, läßt sich meines Erachtens nur aus der Fassung der von ihm ausgestellten Urkunde entnehmen.

7. Der Eigentumserwerb bei Inkassovollmacht und Anweisung.

Daß der Einzugsbevollmächtigte das Eigentum an den geleisteten Sachen für den Gläubiger erwirbt, ist im Resultat so gut wie unbestritten, während die Begründungen dieses Satzes sehr verschieden lauten: Lenel, a. a. O. S. 42 fg. und Regelsberger[59]) erklären die causa des Erwerbes für allein entscheidend: da die Sache tradiert wird, um eine Schuld des D an A zu tilgen, so muß A Eigentümer werden. Kipp[60]) hält an der alten Lehre fest, daß die Erklärung des Tradenten entscheidet, solange der Empfänger nicht widerspricht; Fr. Leonhard[61]) und Manigk[62]) sehen in der Tradition einen Vertrag, welcher der allgemeinen Regel des § 164 untersteht: da der Einzugsbevollmächtigte bei der Tradition im Namen des Gläubigers handelt, dessen Forderung er

59) In diesen Jahrb., Bd. 44 S. 393 fg.

60) Zu Windscheids Pand., § 155 Note 7a.

61) Vertretung im Fahrniserwerb, S. 17 fg., 50 fg.

62) Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 367 fg.

ausübt, so treten auch die Wirkungen der Eigentumsübertragung in der Person des Gläubigers ein. Schon Regelsberger hat bemerkt, daß diese verschiedenen Begründungen bei normaler Sachlage auf dasselbe praktische Resultat führen; denn der Schuldner, der verpflichtet ist, an seinen Gläubiger zu leisten, d. h. ihm das Eigentum zu verschaffen, wird, wenn er an den Stellvertreter leistet, den Willen haben, dem Gläubiger das Eigentum zu verschaffen; und der Vertreter, der die Leistung im Namen des Gläubigers erhebt, erklärt eben hiermit, daß er das Eigentum für den Gläubiger erwerben wolle. Wenn Schuldner und Vertreter, in Abweichung vom normalen Verlauf der Dinge, ausdrücklich verabreden sollten, daß das Eigentum nicht dem Gläubiger, sondern dem Vertreter zufallen solle, so würde ich diesen Fall mit Kipp dahin entscheiden, daß der Vertreter Eigentum erwirbt und die causa solvendi zunächst nicht erreicht wird; erst wenn der Gläubiger diesen Vorgang als der Erfüllung gleichwertig anerkennt, ist die Schuld gezahlt (§ 362 II). Auch nach der Lenelschen Ansicht müßte sich für diesen Fall dasselbe Resultat ergeben; denn der Schuldner, welcher, statt an den Gläubiger zu leisten, die Sache einem anderen zuwendet, hat offenbar nicht causa solvendi tradiert, sondern höchstens in der Erwartung, daß der Gläubiger, ohne die Leistung erhalten zu haben, sich für befriedigt erklärt[63]).

63) Ebenso ist meines Erachtens der von Regelsberger, a. a. O. S. 410 zur Bekämpfung der Ansicht von Kipp angeführte Fall zu entscheiden; die mögliche Benachteiligung des Auftraggebers ist nicht stärker als in jedem anderen Fall, in welchem der Käufer, in Ermangelung eines Rechts zur Sache, durch Unehrlichkeit des Verkäufers um die Sache gebracht wird und sich auf Schadensersatz angewiesen sieht. Hier steht der Käufer eher noch besser, als wenn der Verkäufer die Sache an einen beliebigen Dritten veräußert hätte: er kann vom Beauftragten unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (§ 249) wegen Nichterfüllung des Auftrags Herausgabe der Sache verlangen (Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Beauftragte seiner Verpflichtung nachgekommen wäre), allerdings nur mit einer obligatorischen Klage.

Von dem Grundsatz, daß die Person des Erwerbers durch die causa tradendi bestimmt wird, macht Lenel zwei Ausnahmen, eine für die Personen des § 855 (worauf ich hier nicht eingehen will), die andere (S. 61 fg.) für den Fall, daß die Vollmacht dem X in rem suam erteilt ist. Ebenso Regelsberger, S. 416. Das Eigentum soll direkt vom Schuldner D auf den Vertreter X übergehen, auch ohne daß D, welcher an seinen Gläubiger A leisten will, etwas davon weiß: denn für den Tradenten komme es nur darauf an, von seiner Schuld befreit zu werden; wem die Leistung zufalle, sei ihm gleichgültig. Ich sehe in diesem Argument einen Rückfall in die von Lenel und Regelsberger bekämpfte Ansicht, daß der Eigentumserwerb vom Willen des Empfängers abhängt, und möchte, mit strengerer Konsequenz als die genannten Schriftsteller, auch für diesen Fall an der Regel festhalten, daß die Person des Erwerbers durch die causa tradendi bestimmt wird. Allerdings wird X Eigentümer, wenn ihm der Gläubiger A die Sache überlassen will, aber er wird es meines Erachtens auf einem juristischen Umweg: das Eigentum, welches D an A überträgt, geht durch brevi manu traditio von A auf X über (§ 929 II). Die dazu erforderliche und genügende Einigung zwischen A und X kann meines Erachtens auch antecipando zu stande kommen, d. h. ehe X das Eigentum erwirbt[64]); sie wird natürlich wirksam erst im Moment des Besitzerwerbes; jetzt würde A Eigentümer werden, sein Erwerb wird aber dadurch verhindert, daß an seiner Stelle — infolge der antezipierten Einigung — der Vertreter X das Eigentum erhält. Man kann sich diesen Vorgang auch so vorstellen, daß das Eigentum durch die Person des A hindurch dem X zukommt,

64) Vergl. über die Möglichkeit antezipierter Verfügungen meinen Aufsatz in der Deutschen Juristenzeitung, 1904, S. 426 fg., und die Entgegnung von Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 48 S. 465 fg.

wobei A im selben Momente anfängt und aufhört, Eigentümer zu sein. Worauf es wesentlich ankommt, mag man sich den Vorgang so oder anders zurechtlegen, ist die Erkenntnis, daß der Eigentumerwerb des X doppelt bedingt ist: durch die Voraussetzungen, unter denen bei normaler Vollmacht in rem mandantis A das Eigentum erwerben würde, und durch die Erfordernisse der brevi manu traditio. Daraus folgt, daß, wenn die ersteren Erfordernisse vorliegen, während die brevi manu traditio nicht zu stande gekommen oder die Einigung des § 929 II nachträglich aufgehoben ist, die Tradition Eigentum zwar nicht für den X, wohl aber für den Gläubiger A erzeugt; das wäre z. B. der Fall, wenn A zur Zeit der Erteilung der Vollmacht geschäftsfähig war und zur Zeit der Vereinbarung des § 929 II in Geisteskrankheit verfallen ist, oder wenn er, nachdem diese Vereinbarung rückgängig gemacht ist, es unterlassen hat, die dem Schuldner erklärte Vollmacht nach § 170 ihm gegenüber zu widerrufen.

Wenn Lenel, a. a. O. S. 61 diese Konstruktion ablehnt und gegen sein eigenes Prinzip, nach welchem die Person des Erwerbers durch die causa tradendi bestimmt wird, direkten Erwerb des X vom Schuldner D behauptet[65]), so tut er das im Anschlusse an Jhering, welcher (in diesen Jahrb., Bd. 2 S. 147 fg.) die von ihm sogenannte „Durchgangstheorie" als theoretisch und praktisch gleich verwerflich bekämpft hat. Ich halte die von Jhering vertretene Ansicht für durchaus richtig, auch auf dem Gebiete des B.G.B., aber in Anwendung nicht auf das Verhältnis der Inkassovollmacht, sondern

65) Leonhard, a. a. O. S. 94 bekämpft den von Lenel statuierten direkten Eigentumserwerb des X mit guten Gründen, läßt sich aber durch die vermeintliche Unmöglichkeit eines antezipierten constitutum poss. (darüber unten S. 47) abhalten, eine antezipierte brevi manu trad. anzunehmen, und greift zu einer Verlegenheitskonstruktion, die man am besten tut bei ihm selbst nachzulesen.

der im folgenden zu besprechenden Anweisung, deren von Lenel geleugnete Verschiedenheit von der Vollmacht meines Erachtens nirgends deutlicher hervortritt als in der Frage des Eigentumserwerbes.

Was der Schuldner dem Assignatar zuwendet, ist, wie oben S. 28 ausgeführt, eine Leistung des Schuldners nicht an den Gläubiger, vertreten durch X, sondern an X, der die Leistung in eigenem Namen erhebt: darum wird der Assignatar Eigentümer der geleisteten Sache[66]). Das ergibt sich sowohl dann, wenn man von Lenels Kausaltheorie ausgeht (denn der Schuldner leistet an den Assignatar nicht causa solvendi, und seine Befreiung beruht nicht auf Erfüllung, sondern auf

66) Daß nicht durch die Anweisung, sondern erst durch die Leistung des Angewiesenen Besitz und Eigentum des Leistungsgegenstandes übergeht, scheint mir für das Recht des B.G.B. selbstverständlich zu sein, muß aber doch betont werden, weil kein geringerer als Dernburg, Sachenrecht, S. 59, es für zweifellos erklärt, daß der Anweisende A das Eigentum an einer ihm gehörenden, beim Angewiesenen D befindlichen Sache an X schon durch Erteilung der Anweisung übertragen kann. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus §§ 870 und 931: Besitz und Eigentum werden übertragen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Allerdings müssen diese Vorschriften analog angewendet werden (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 345), aber nur auf solche Fälle, in denen A dem X anders als durch Cession, z. B. durch Vertrag auf Leistung an X, einen Herausgabeanspruch gegen D verschafft. Das ist aber bei der Anweisung nicht eher der Fall, als bis sie acceptiert ist. Eigentumserwerb vor der Acceptation wäre auch ganz unvereinbar mit der in § 790 statuierten Widerruflichkeit der Anweisung, oder soll man annehmen, daß das Eigentum mit Begebung der Anweisung auf X übergeht und mit dem Widerruf an den Anweisenden zurückfällt? Die Ansicht von Dernburg ist eine Reminiszenz an das Preußische Landrecht, nach welchem (I, 7 § 67) die Erteilung der Anweisung dem Assignatar Besitz und Eigentum verschaffte, wie ja auch der Assignatar präsumtive Vollmacht zur Klage gegen den Angewiesenen hatte (vergl. oben S. 4). Zu beachten ist, daß in manchen Fällen, welche nach Preuß. Landrecht unter den Begriff der Anweisung subsumiert worden, nach B.G.B. Cession anzunehmen ist und daher Eigentumsübergang nach § 931 eintritt (vergl. oben S. 39).

einem nach § 787 I der Erfüllung gleichwertigen Surrogat), als auch wenn man mit den Elementen der bisherigen Willenstheorie operiert: denn der Schuldner will nicht, wie bei der Vertretung, A, den Gläubiger, durch Vermittelung des X zum Eigentümer machen, sondern den X selbst, weil er vermöge der Anweisung die an X vorgenommene Leistung dem Gläubiger anrechnen kann. Hier ist die Durchgangstheorie allerdings theoretisch und praktisch verwerflich; theoretisch, weil, wie Jhering überzeugend darlegt, die Erfüllung (durch Eigentumsübertragung an den Gläubiger) für den Schuldner nicht der einzige Weg der Befreiung ist; der Solutionseffekt kann, mit Zustimmung des Gläubigers, auch ohne den gewöhnlich mit ihm verbundenen Traditionseffekt erreicht werden[67]. In praktischer Hinsicht zeigt sich bei der Anweisung die Unrichtigkeit der Durchgangstheorie, wenn man supponiert, daß die durch die Anweisung beabsichtigte Zuwendung des Anweisenden A an den Assignatar X aus irgend welchem Grunde unwirksam ist; hier würde aus der Durchgangstheorie folgen, daß das Eigentum der vom Angewiesenen D geleisteten Sache dem A zufällt. In der Tat aber ist es zweifellos, daß X das Eigentum erwirbt, wie er auch die Forderung aus dem Accept des D erwerben würde, obgleich die Anweisung ihm gegenüber widerrufen wäre. Allerdings ist der Erwerb, den X auf Kosten des A macht, unter solchen Umständen sine causa erfolgt, woraus für A ein Bereicherungsanspruch erwächst.

Daß der Assignatar selbst Eigentümer wird, weil er nicht im Namen des A erwirbt (resp. nicht aus einer causa, die zwischen dem Schuldner und A besteht), gilt meines Erachtens

---

67) Allerdings kann der Schuldner, da er die Anweisung nicht zu befolgen braucht (§ 787 II), nicht gezwungen werden, an einen anderen als an den Gläubiger (persönlich oder durch einen Vertreter desselben) zu leisten, es sei denn, daß diese Forderung diesem anderen cediert ist.

selbst für den Fall, daß er im inneren Verhältnis zum Anweisenden dessen Mandatar ist. Es kann vorkommen, wenn es auch der seltenere Fall ist, daß A die ihm von D geschuldete Summe durch seinen Mandatar X auf dem Wege der Anweisung einziehen läßt[68]; dann ist X jedenfalls ex mandato zur Herausgabe des Erhaltenen an D verpflichtet. Die Eigentumsübertragung kann er durch constitutum possessorium bewirken, welches, wie ich glaube, auch im voraus vereinbart werden kann.

Die Möglichkeit des antezipierten const. poss. wird neuerdings vielfach bestritten[69], meines Erachtens zu Unrecht. Der Wortlaut des § 930: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden u. s. w.", dürfte nicht entscheiden; denn der Gesetzgeber denkt nur an den nächstliegenden Fall, daß der Verfügende bereits Eigentümer ist, und verweist für den Fall, daß ihm der Besitz fehlt, auf die Eigentumsübertragung nach § 931. Aus dem Wortlaut des § 930 kann man meines Erachtens nur folgern, daß der Eigentumserwerb durch antezipiertes const. poss. erst in dem Momente wirksam wird, in welchem der Tradent selbst Eigentum und Besitz erwirbt.

Die Unentbehrlichkeit des antezipierten const. poss. scheint mir aus folgender Betrachtung hervorzugehen: X verkauft eine noch zu erwerbende Sache (auf die er einen obligatorischen Anspruch gegen Z hat) an A und vereinbart, noch ehe die Sache ihm geliefert wird, mit A, daß er die Sache ein Jahr lang als Mieter des A behalten dürfe. Dann wird die Sache

68) Das übersieht Isay, a. a. O. S. 170, indem er in seiner Polemik gegen Lenel behauptet, daß der Assignatar nicht Geschäftsführer des Anweisenden ist, sondern für eigene Rechnung handelt.

69) Lenel, a. a. O. S. 67; Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 68 S. 104; Fr. Leonhard, a. a. O. S. 46; Regelsberger, a. a. O. S. 406. Zweifelnd Windscheid-Kipp, Bd. 1 S. 688.

an X tradiert; ich glaube, daß nunmehr alle Erfordernisse des § 930 vorliegen, und A mittelbaren Besitz und Eigentum erwirbt. Lenel und die ihm folgenden Autoren halten das const. poss., weil es vorzeitig geschlossen ist, für unwirksam; daher müßte nicht A, sondern X Eigentümer geworden sein. Aber X ist aus dem Kaufvertrag mit A verpflichtet, diesem das Eigentum zu verschaffen. Wie soll das geschehen? Wenn A Uebergabe nach § 929 verlangt, so kann ihm X entgegenhalten, daß er als Mieter befugt ist, den Besitz noch ein Jahr lang zu behalten. Soll nun A, weil er die Sache vermietet hat, so lange mit seinem Eigentumserwerb warten und auf die a. empti angewiesen sein? Offenbar nicht; er kann sofortige Eigentumsübertragung verlangen, welche, da die Wege der §§ 929 und 931 verschlossen sind, nur nach § 930 erfolgen kann. Nach diesem Paragraph ist aber erforderlich „die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt". Ein solches Rechtsverhältnis besteht bereits zwischen den Parteien in Gestalt der Miete. Soll nun, da nach der von mir bekämpften Ansicht die antecipando geschlossene Miete für den Uebergang des Eigentums wirkungslos war und bleibt, die Miete nochmals vereinbart werden (was unmöglich ist), oder ein anderes Rechtsverhältnis des § 868 vereinbart oder gar ein abstraktes const. poss. geschlossen werden, um dem A das Eigentum zu verschaffen?

Die Bedenken, welche gegen das antezipierte const. poss. vorgebracht werden, erledigen sich, wenn man die normalen Erfordernisse des const. poss. nicht so lax auffaßt, wie das in Theorie und Praxis oft geschehen ist[70]). Vor allem muß ein

70) Insbesondere scheint mir das, was Kohler, a. a. O. gegen das antezipierte const. poss. einwendet, auf eine Bekämpfung des abstrakten const. hinauslaufen, vergl. seine Note 109. Auch scheint es mir selbst-

Rechtsverhältnis vereinbart sein, welches dem Erwerber mittelbaren Besitz verschafft. Ein solches Verhältnis ist z. B. die Kommission nicht; an Stelle der Kommission muß ein Depositum, Kommodat oder ein ähnlicher Vertrag treten. Ferner ist zu beachten, daß Eigentumsübertragung durch const. poss., wie durch Tradition, selbstverständlich nur an individuell bestimmten Sachen möglich ist; das gemäß § 930 vereinbarte Verhältnis darf kein irreguläres sein; wenn daher der Kommissionär, oder in unserem Falle der Assignatar, durch const. poss. den A zum Eigentümer machen will, so muß, wenn er ein größeres Quantum, als das für A bestimmte, erworben hat, eine Ausscheidung stattfinden (ob nun das const. poss. vor oder nach dem Erwerb des X vereinbart ist), über deren Erfordernisse ich mit Lenel, a. a. O. S. 71 einig gehe.

Die Schwierigkeit, auf welche Lenel S. 70 hinweist, daß nämlich X das antezipierte const. poss. mit zwei Personen, erst mit A und dann mit B, geschlossen haben kann, läßt sich nicht wegleugnen. Aber sie scheint mir nicht unlösbar: X hat, durch const. poss., über eine Sache verfügt, die noch nicht in seinem Eigentum steht. Arg. § 185 II, 2 wäre anzunehmen, daß die frühere Verfügung, zu Gunsten des A, wirksam wird. Wenn aber in der Folge die Sache von X dem B tradiert wird, so würde B das Eigentum nach § 932 erwerben und A es verlieren. Genau dasselbe Resultat würde sich übrigens ergeben, wenn man mit Lenel das antezipierte constitutum für unwirksam hält; von den beiden Käufern, A und B, würde zunächst der, z. B. A, Eigentum erwerben, welcher nach dem Eigentumserwerb des X mit diesem als erster ein const. poss. schließt. Ein späteres Konstitut des B wäre nach § 933 un-

verständlich, daß ein antezipiertes const. poss., welches jeglichen späteren Erwerb erfassen soll, arg. § 310 ausgeschlossen ist.

wirksam. Wenn aber in der Folge X die Sache dem B tradiert, so erwirbt dieser das Eigentum nach § 932, und A verliert es.

II. Einwendungen des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger.

1.

B.G.B. § 784 I lautet: „Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet; er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalte der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen."

Durch diese Bestimmung des Gesetzes sind ausgeschlossen die Einwendungen aus dem Kausalverhältnis zwischen dem Anweisenden A und dem Angewiesenen D (Deckungsverhältnis), sowie aus dem Verhältnis des Anweisenden A zum Anweisungsempfänger X (Valutaverhältnis). Da nun die Verpflichtung des D gegenüber dem X ihren materiellen Grund in diesen beiden Kausalverhältnissen hat (D hat versprochen, weil er damit dem A eine Leistung machen wollte, und er hat an X versprochen, weil A dem X diese Leistung zuwenden wollte), während ein unmittelbares Kausalverhältnis zwischen D und X überhaupt nicht existiert, so ist die Verpflichtung aus einer acceptierten Anweisung noch in höherem Maße abstrakt als ein Schuldversprechen des § 780, bei welchem eine Kausalbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner zwar nicht im Versprechen hervortritt, aber immerhin existiert und auf dem Umweg der condictio zur Geltung kommen kann[71]. Dasselbe gilt, wenn D

71) Vergl. meine Abhandlung „Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen", in der Festschrift für A. S. Schultze, 1903.

nicht eine Anweisung, sondern einen Wechsel acceptiert hat, den A auf ihn gezogen hat: zwischen D und dem Remittenten X besteht kein Kausalverhältnis. Die Unabhängigkeit der Anweisungsobligation von den beiden Kausalverhältnissen scheint nach dem Wortlaut des § 784 I eine ausnahmslose zu sein und sollte es nach der Absicht der gesetzgebenden Faktoren sein.

Im Gemeinen Recht galt derselbe Satz für die Delegation, aber mit einer Ausnahme: der Delegat D konnte gegen den Delegatar X Einwendungen erheben, wenn beide Kausalverhältnisse, A—D und A—X fehlerhaft waren, z. B. wenn in beiden Verhältnissen ein indebitum vorlag (Windscheid, Pandekten, § 355 Note, und Wendt, Anweisungsrecht, S. 194).

Dieser Ausnahmefall ist bei Abfassung des B.G.B. mit Stillschweigen übergegangen und wird deshalb auch in der Literatur nicht erwähnt. Nur Kipp-Windscheid, Bd. 2 S. 761 sagt ausdrücklich, daß das B.G.B. diese Ausnahme nicht kenne. Und doch glaube ich, daß dieselbe Entscheidung, zu der die Römer gekommen sind, sich aus den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. ergibt.

Setzen wir zunächst den Fall, daß D auf Grund der Anweisung an X geleistet hat. War die Anweisung auf Schuld erteilt (§ 787), und existierte die Schuld nicht, so hat D die cond. indebiti gegen A [72]). Da aber A unmittelbar nichts erhalten hat, so ist er nur insoweit bereichert, als die Leistung des D an X ihm, dem A, zu gute kommt. Wenn nun A dem X durch die Anweisung ein Geschenk gemacht hat, so haftet A nicht. An seiner Stelle muß aber X belangt werden können: allerdings hat X die Leistung des D nicht ohne Grund erhalten, sondern als Schenkung des A, aber unser Gesetzbuch

72) Planck, Er. 3 zu § 787. Vergl. oben S. 20.

läßt die Interessen des Beschenkten zurücktreten, wo es nötig ist, um einen anderen (hier den D) vor Schaden zu schützen. So in den Fällen § 816 I, 2 und § 822. Diese beiden in letzter Stunde (II. Lesung der II. Kommission) aufgenommenen Bestimmungen treffen zwar unseren Fall nicht direkt, denn man kann weder sagen, daß der Anweisende über einen Gegenstand des D verfügt hat (§ 816), noch daß er das Erlangte einem Dritten zugewendet hat (§ 822), aber man darf meines Erachtens in diesen beiden Aussprüchen des Gesetzes nicht Singularitäten sehen, sondern muß in ihnen den kasuistischen Ausdruck des allgemeinen Gedankens erkennen, daß ein lukrativer Erwerb nicht stark genug ist, um auf Kosten eines Dritten aufrecht zu bleiben. Fragt man sich weiter, welcher von beiden Paragraphen analog auf unseren Fall anzuwenden ist, so möchte ich mich für § 816 entscheiden. Dieser Paragraph ist bereits von Hellwig[73]) analog angewendet worden auf den Fall, daß A einen von D indebite acceptierten Wechsel unentgeltlich an X indossiert; dadurch wird D zum Schuldner des X, während er bisher einen Anspruch des A aus dem Wechsel mit der Einrede des indebitum zurückweisen konnte; A hat also durch die Indossierung des entkräftbaren Wechsels den D geschädigt (allerdings in anderer Weise, als in § 816 I und II vorgesehen ist) und sich, wenn er vom Indossatar einen Entgelt erhalten hat, durch diesen Entgelt auf Kosten des D grundlos bereichert; fehlt es aber am Entgelt, so kann A nach § 818 III nicht haften, dafür aber muß nach dem System des Bereicherungsrechts des B.G.B. X als auf Kosten des D grundlos bereichert gelten. Ganz ähnlich liegt unser Fall:

73) Rechtskraft, S. 295. Der Widerspruch von Staub, Komm. zur W.O., Art. 82 § 4 scheint mir unbegründet zu sein, denn es handelt sich um eine analoge Ausdehnung des § 816 I, ohne welche die Grundsätze des B.G.B. über Bereicherung lückenhaft und widerspruchsvoll wären.

A verschafft durch die Anweisung dem X eine Forderung gegen D, der bisher nichts schuldete; wenn A durch den Mangel eigener Bereicherung von der condictio befreit ist, so muß statt seiner X als der Bereicherte haften.

Der Bereicherungsklage entspricht die Einrede, welche in § 821 erwähnt ist. D kann, was er von X zurückfordern könnte, zu leisten verweigern. Wir haben also einen Fall gefunden, in welchem gegen den Wortlaut des § 784 I eine Einwendung aus dem, oder genauer: aus den beiden Kausalverhältnissen dem Anweisungsempfänger entgegengehalten werden kann.

Aber dieser Fall ist nicht der einzige: denn der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung umfaßt außer der Schenkung auch noch andere Tatbestände. Unentgeltlich hat A dem X die Anweisungsforderung gegen D verschafft, wenn X im Auftrag des A als sein Inkassomandatar fungiert[74]. Die Unentgeltlichkeit des Erwerbes ist, wie Hellwig a. a. O. richtig hervorhebt, der zutreffende Grund, warum dem Inkassoindossatar troß W.O. Art. 82 die Einreden aus der Person des Indossanten entgegenstehen: er ist der condictio aus § 816 I, 2 ausgesetzt; auf die schwer zu begründende und abzugrenzende exc. doli generalis, mit der sich die herrschende Meinung behilft, braucht bei Vorhandensein eines präzisen Rechtssatzes nicht rekurriert zu werden. Aus demselben Grunde kann der Angewiesene seine condictio und exc. indebiti auch dem Anweisungsempfänger entgegenhalten, der die Forderung aus der Anweisung ohne jede Gegenleistung erworben hat.

Ebenso liegt Unentgeltlichkeit des Erwerbes auch dann vor, wenn das Valutaverhältnis zwischen A und X ein indebi-

74) Die a. mandati contr. ist selbstverständlich kein Entgelt für den Wechsel oder die Anweisung, welche A dem X zum Zweck des Inkasso zuwendet.

tum ist[75]); deshalb kann D, der die Anweisung des A indebite acceptiert und damit einen Bereicherungsanspruch erworben hat, diesen Anspruch nicht gegen A richten, welcher nicht bereichert ist, da ihm die Leistung des D an X nicht zu gute kommen würde, wohl aber gegen X, welcher ohne Grund eine Forderung gegen ihn, den D, erworben hat.

Man wird also sagen müssen, daß dem Angewiesenen, der die Anweisung acceptiert, weil er sich fälschlicherweise für den Schuldner des Anweisenden hält, eine Einrede aus § 816 gegen den Anweisungsempfänger erwächst, wenn dieser die Anweisung schenkungshalber, oder als Inkassomandatar des A, oder endlich zur Zahlung einer nicht existierenden Schuld des A erhalten hat. Das sind alles Fälle, in denen man, um mit den Römern zu sprechen, nicht sagen kann, daß der Anweisungsempfänger „suum recepit“.

Betrachten wir dieses Resultat vom Standpunkt der legislativen ratio des § 784: die Anweisung soll die glatte Abwickelung der Zahlungen befördern. Darum soll über einen Fehler im Valutaverhältnis (A—X) nicht zwischen D und X gestritten werden dürfen, sondern nur zwischen A und X (in der condictio, welche A späterhin gegen X anstellen kann). Ebenso soll ein Fehler im Deckungsverhältnis (A—D) zwischen diesen Personen und nicht zwischen D und X zum Austrag kommen. In beiden Fällen wird die bei Vorliegen eines Fehlers in den Kausalverhältnissen unvermeidliche Auseinander-

75) Bei einer Zuwendung solvendi causa soll der Entgelt in der Befreiung von der Schuld bestehen. Existiert die Schuld nicht, so ist die Zuwendung zwar als entgeltliche beabsichtigt, aber als unentgeltliche erfolgt (die cond. indebiti kann nicht als Entgelt aufgefaßt werden, sondern ist eine Hilfe, die das Gesetz gewährt, um den Zahlenden, soweit möglich, vor Schaden zu schützen). Die Absicht, unentgeltlich zu leisten, ist nur für den engeren Begriff der Schenkung (§ 516 I), nicht für den weiteren Begriff der unentgeltlichen Zuwendung erforderlich.

setzung an die Personenpaare verwiesen, zwischen denen der Fehler entstanden ist, die daher am besten in der Lage sind, diesen Streit auszufechten. Durch § 784 I wird also ein Prozeß nicht sowohl vermieden, als vielmehr an die passende Stelle geschoben. Müßte man nun aber am Wortlaut des § 784 auch bei Fehlerhaftigkeit beider causae festhalten und den D zwingen, an X zu zahlen, obgleich weder er dem A, noch A dem X schuldet, so würde man eine Vermögensverschiebung bewirken, zu deren Ausgleichung zwei Rückleistungen resp. Prozesse nötig wären: D müßte seine Leistung von A zurückfordern, A seinerseits müßte sich an X halten. Es liegt im Interesse der Prozeßökonomie, wenn dieser Umweg vermieden werden kann, was durch sachgemäße Heranziehung des § 816 I, 2 möglich ist. Ein Mißbrauch dieser Einredebefugnis des Angewiesenen, durch den der Anweisungsverkehr gehemmt werden könnte, ist nicht zu befürchten, weil D nicht leicht in der Lage sein wird, außer der Fehlerhaftigkeit des Deckungsverhältnisses D—A auch die der causa A—X zu kennen. Außerdem bietet dem Anweisungsempfänger der Urkundenprozeß die Möglichkeit, die Geltendmachung solcher Einreden zu erschweren. Wenn aber ausnahmsweise die Fehlerhaftigkeit beider causae unbestritten oder beweisbar ist, so scheint kein Grund vorzuliegen, dem X per occasionem iuris eine nach allen Seiten unbegründete Zuwendung zu sichern.

2.

Betrachten wir nun noch den Fall, daß es sich im Valutaverhältnis nicht um eine unentgeltliche, sondern um eine vom Gesetz reprobierte causa handelt, Spiel oder turpis causa mit beiderseitiger Unsittlichkeit (§ 817). Kann der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber sich darauf berufen, daß es sich um Zahlung einer Spielschuld handelt? Bekanntlich hat

B.G.B. § 762 II die Unverbindlichkeit des Spielgeschäftes auf die abstrakten Verträge ausgedehnt, die zur Erfüllung einer Spielschuld eingegangen werden. Aber dies ist, unter Ablehnung weitergehender Anträge, nur für die Verpflichtungen bestimmt, welche der verlierende Teil gegenüber dem gewinnenden eingeht. Für den Acceptanten einer Anweisung gilt also in unserem Fall nicht die Spezialvorschrift des § 762 II, sondern die allgemeine Regel des § 784 I. Allerdings hat neuerdings das Reichsgericht (Bd. 52 Nr. 11) für den ganz gleichgearteten Fall, daß unter denselben Kausalverhältnissen D einen Wechsel acceptiert, welchen A zur Bezahlung einer Spielforderung des X auf ihn, den D, zieht, entschieden, daß D die Spieleinwendung habe, weil materiell die Sache nicht anders liege, als wenn D dem X gegenüber für die Spielschuld des A sich verbürgt oder diese Schuld übernommen hätte; die Einkleidung des Geschäftes in die Wechselform könne daran nichts ändern. Dabei scheint mir ein wesentlicher Unterschied übersehen zu sein: Bürgschaft und Schuldübernahme sind kausale Verpflichtungen; versprochen wird das, was der Schuldner zu leisten hat resp. bisher schuldete. Daher werden dem Bürgen und Schuldübernehmer die Einwendungen des Schuldners ausdrücklich gewährt (§ 767, 768, 417). Wechsel und Anweisung sind dagegen prinzipiell unabhängig vom Valutaverhältnis, die Einreden aus diesem Verhältnis sind ausdrücklich versagt (W.O. § 82, B.G.B. § 784). Könnte man diese Bestimmungen des Gesetzes einfach damit beiseite schieben, daß man konstatiert, materiell liege die Sache nicht anders als bei Bürgschaft oder Schuldübernahme, so könnte der Acceptant eines Wechsels oder einer Anweisung nicht nur die Spieleinwendung, sondern alle möglichen Einwendungen aus der Person des Ausstellers erheben [76]). Da

76) So will in der Tat Jacobi, Wertpapiere, S. 299, dem Acceptanten eine Einrede geben, wenn der Assignatar X die Anweisung

dies durch die Struktur der Anweisung und die positive Vorschrift des § 784 ausgeschlossen ist, so muß es im Prinzip dabei bleiben, daß der Acceptant Einwendungen aus dem Valutaverhältnis nicht erheben kann.

Dagegen ist zu fragen, ob zwischen A und X die Spielschuld dadurch bezahlt ist, daß A dem X die von D acceptierte Anweisung verschafft. Das ist nun nach der Regel des § 788 („Anweisung ist keine Zahlung") nicht der Fall. Solange aber eine Verpflichtung des Leistenden noch besteht, ist nach der Entsch. des Reichsgericht, Bd. 47 Nr. 13 der Verlierende befugt, seine Leistung zurückzufordern. Aber wie, wenn nachgewiesen wäre, daß die Anweisung an Zahlungsstatt hingegeben war, d. h. X auf alle Ansprüche gegen A verzichtet hätte? Muß man dann nicht sagen, daß die Spielschuld unwiderruflich getilgt ist? Ich glaube, daß man diese Frage immer noch nicht bejahen darf. Denn zur definitiven Leistung im Sinne von § 762 ist doch wohl nötig: nicht nur, daß der Gläubiger eine Leistung erhalten hat, sondern auch, daß der Schuldner sein Vermögen um ein Aktivum gemindert hat (durch Uebertragung einer Sache, einer Forderung ꝛc.). Ist nun durch das Accept, welches D auf die Anweisung des A erteilte, das Vermögen

zahlungshalber erhalten hat und mittlerweile von seinem Schuldner, dem Anweisenden A, befriedigt worden ist. Die ursprüngliche Forderung des Assignatars gegen A und seine Forderung aus dem Accept des D seien zwei auf das gleiche Ziel gerichtete Obligationen, daher sei durch Bezahlung der einen die andere getilgt. Dabei ist meines Erachtens die abstrakte Natur der Verpflichtung aus dem Accept vollständig verkannt: wird die Anweisung bezahlt, so ist allerdings die ursprüngliche Schuld des A getilgt, weil die Anweisung dem X zu diesem Zwecke erteilt war (§ 788). Dagegen ist D aus dem Accept verpflichtet, nicht die Schuld des A zu tilgen, sondern 100 an X zu zahlen, und diese Verpflichtung besteht fort, wenn auch X mittlerweile von A Befriedigung erhalten hat. Nur dem A gegenüber ist X nunmehr durch die Anweisung, resp. das auf diese erhaltene Geld sine causa bereichert.

des A vermindert? Wenn es sich, wie wir voraussetzen, um eine Anweisung auf Schuld handelt, so ergibt sich aus § 787 I, daß erst die Leistung des D ihn von seiner Schuld befreit, d. h. die Forderung des A vernichtet. Bis zu diesem Momente ist also die Spielschuld des A an X nicht definitiv bezahlt, es handelt sich nur um Rechtsgeschäfte, durch die A die Bezahlung seiner Spielschuld vorbereitet hat, er kann daher meines Erachtens immer noch die Anweisung von X zurückverlangen.

Nichtsdestoweniger ist, wie wir gesehen haben, D dem X nach § 784 I zur Zahlung verpflichtet. Wenn aber D dem A gegenüber die Anweisung indebite annahm, so hat er eine condictio, welche an sich gegen A zu richten wäre, wenn jedoch A die Anweisung unentgeltlich dem X verschafft hätte, gegen diesen; da nun die Spielschuld immer noch nicht bezahlt und daher nicht verbindlich ist, so ist alles, was A dem X à conto dieser Schuld verschafft hat, sine causa, d. h. unentgeltlich zugewendet. Daher kann D seine exc. indebiti (arg. § 816) gegen X richten.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß der Angewiesene, wenn im Valutaverhältnis Spielschuld vorliegt, nicht, wie das Reichsgericht annimmt, ohne weiteres Zahlung verweigern kann, wohl aber dann, wenn er selbst dem Anweisenden gegenüber indebite acceptiert hat[77]). So lag auch der vom Reichsgericht entschiedene Fall: D acceptierte den Wechsel, den A auf ihn gezogen hatte, weil er dem A Auftrag zum Spiel gegeben hatte und sich zur Erstattung des Verlustes verpflichtet glaubte.

---

77) Ebenso ist zu entscheiden, wenn es sich im Valutaverhältnis nicht um Spiel, sondern um eine turpis causa mit beiderseitiger Unsittlichkeit handelt. Die Anweisung, welche A dem X verschafft, ist keine definitive Leistung, bei welcher nach § 817 die Rückforderung ausgeschlossen ist, sondern eine sine causa, d. h. unentgeltlich vorgenommene Zuwendung des A. Darum hat D, wenn er vermeintlicher Schuldner des A war, nach § 816 eine Einrede gegen X.

Damit aber leistete er dem A ein indebitum; denn wenn der Beauftragte eine Spielschuld eingeht (die er ja nicht zu zahlen braucht), so ist das keine Aufwendung, von der ihn der Auftraggeber nach § 667 zu entlasten hätte (Reichsgericht, Bd. 51 Nr. 35, Dernburg, Schuldverhältnisse, Bd. II, 2 S. 242).

3.

Wie ist es endlich im umgekehrten Fall, wenn es sich im Deckungsverhältnis um Zahlung einer Spielschuld handelt? D acceptiert eine Anweisung des A, um seine Spielschuld an A zu zahlen. Kann D dem Anweisungsempfänger X die Einwendung des Spieles entgegenhalten? Auch hier ergibt sich prima facie aus § 784 I die Unzulässigkeit einer solchen Einwendung. Allerdings wird mehrfach behauptet, daß, wenn X wußte, daß D zur Acceptation der Anweisung durch eine Spielschuld an A veranlaßt sei, daraus eine gegen den X zu richtende exc. doli generalis erwachse[78]. Dafür scheint die Analogie aus dem Rechte des Indossements zu sprechen; wenn der Indossatar, dem der Regel nach Einwendungen aus dem Verhältnis des Acceptanten zum Indossanten nicht entgegenstehen, beim Erwerb Kenntnis von einer Einwendung hat, so handelt er gegen die guten Sitten (§ 826), indem er durch seinen Erwerb den bisher nicht verpflichteten Acceptanten wissentlich zu seinem Schuldner macht. Aber einen solchen Vorwurf kann man meines Erachtens dem Assignatar nicht machen; er erwirbt den abstrakten Anspruch aus der Anweisung nicht durch eine Handlung, die er hinter dem Rücken des Angewiesenen zu dessen Schaden vornimmt, sondern durch eine vom Angewiesenen freiwillig abgegebene Verpflichtungserklärung, um deren Motive der Assignatar nach § 784 sich nicht zu kümmern

78) Endemann, Bd. 1 § 195 Note 28; Crome, Bd. 2 § 308 Note 13; Fischer-Henle, § 784 Note 5.

braucht, ne curiosus videatur, wie es in Fr. 19 D 46, 2 heißt.

Dagegen scheint mir dieselbe Erwägung in Betracht zu kommen, wie im oben besprochenen Fall, wenn die Spielschuld im Valutaverhältnis vorliegt. Man muß auch hier vom Verhältnis der Spielenden zueinander ausgehen: wenn D zur Begleichung seiner Spielschuld an A die Anweisung des A acceptiert, so hat er damit seine Schuld noch nicht bezahlt [79]); denn nach § 787 I wird der Angewiesene erst durch die Leistung von seiner Schuld befreit. Aber selbst wenn dies Accept gegen die Regel des § 787 zwischen A und D als datio in solutum wirken soll, d. h. wenn A sich gänzlich befriedigt erklärt, so würde dennoch keine Leistung des D im Sinne des vom Parteiwillen unabhängigen § 762 I vorliegen. Denn D hat sein Vermögen nicht um ein Aktivum gemindert, sondern ist immer noch mit einer aus Spiel herrührenden Schuld belastet. Solange das aber der Fall, ist die Spielschuld in den Augen des Gesetzes noch „keine Verbindlichkeit", und D kann, was er auf diese causa hin an A geleistet hat, nach § 812 zurückfordern, so ein Pfand, so auch eine Anweisung, die, obwohl dem X gegenüber acceptiert, für den D eine Leistung an A darstellt. Zur gerichtlichen Entscheidung ist meines Wissens nicht diese, wohl aber die analoge Frage gekommen, ob eine Spielschuld als bezahlt zu gelten hat, wenn der Verlierende D einen vom Gewinnenden A an eigene Order gezogenen Wechsel acceptiert und A den Wechsel an X indossiert hat. Das Reichsgericht, Bd. 35 Nr. 50, hat ausgesprochen, die Spielschuld sei bezahlt, der Gewinner könne die Valuta behalten [80]). Aber dieses Urteil

79) Wie ich selbst in meiner oben zitierten Abhandlung S. 25 angenommen hatte.

80) Vergl. dazu Staub, W.O, Art. 82 § 72, welcher in teilweisem Anschluß an spätere Urteile verlangt, daß die Begebung ohne Widerspruch des Acceptanten erfolgt sei.

ist meines Erachtens durch das B.G.B. antiquiert und von der neueren Judikatur überholt; der Wechsel ist in der Hand des ersten Nehmers A nichtig (§ 762 II), daher keine Zahlung. Es kann sich nur darum handeln, ob die Zahlungsfunktion im Moment der Indossierung eintritt. Dies wird vom Reichsgericht in seiner neuesten Entscheidung (Bd. 51 Nr. 83) mit Recht verneint; erst die freiwillige Einlösung des Wechsels durch den Acceptanten sei Bezahlung seiner Spielschuld, bis dahin könne die Valuta, welche der Gewinner A für die Begebung des Wechsels erhalten habe, vom Verlierer als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden [81]).

Dasselbe muß gelten, wenn der Verlierer D den Wechsel oder die Anweisung nicht dem Aussteller A, sondern dem ersten Nehmer X gegenüber acceptiert. Daß die Verpflichtung aus dem Accept zwischen dem Verlierer und einem Dritten entsteht, hat, wie oben dargelegt, im Verhältnis dieser zwei Personen die wichtige Wirkung, daß diese Verpflichtung von der Nichtigkeitsvorschrift des § 762 II nicht betroffen wird und nach § 784 I den Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis nicht ausgesetzt wird. Aber im Verhältnis des Acceptanten D zum Aussteller A haben wir es auch in diesem Falle mit einer Leistung des D zu tun, die, wie es im § 817 heißt, „in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht". Eine solche Leistung

81) Das Reichsgericht a. a. O. S. 360 setzt voraus, daß der Wechsel zahlungshalber gegeben sei, aber die Entscheidung könnte meines Erachtens nicht anders ausfallen, wenn zwischen A und D datio in solutum verabredet wäre. Denn das Argument des Reichsgerichts, daß irgend ein Zwang zur Erfüllung der Spielschuld nicht geübt werden dürfe, und daß daher die Realisierung des Wechsels, infolge deren D zur Zahlung an X gezwungen werden kann, eine grundlose Bereicherung des A darstellt, trifft ebenso zu, ob nun A auf alle Ansprüche gegen D verzichtet hat, oder ob der Wechsel nur zahlungshalber acceptiert war. — Das Reichsgericht entscheidet nach § 66 des Börsengesetzes, welches aber in diesem Punkte von § 762 nicht abweicht.

kann aber vom Gesetz, das nur die freiwillige Bezahlung einer Spielschuld zulassen will, nicht als Erfüllung betrachtet werden. Wenn also der Gewinner A durch das, was der Verlierer in Vorbereitung der Erfüllung getan hat, bereits etwas erhalten hat — Valuta — so hat er diesen Wert auf Grund des immer noch unwirksamen Spielvertrages, d. h. sine causa. D kann daher, eben weil er dem Assignatar X gegenüber gebunden ist, und darin einen Vermögensverlust erleidet, die condictio gegen A anstellen, solange er nicht durch freiwillige Zahlung auf die Anweisung die Spielschuld bekräftigt und gleichzeitig getilgt hat. Wenn aber A keine Valuta erhalten, sondern die Anweisung dem X unentgeltlich (donandi causa, mit Auftrag zum Inkasso, indebite) erteilt hat, so ergibt sich aus der unter 1. erörterten analogen Anwendung des § 816, daß die der condictio entsprechende Einrede dem Anweisungsempfänger entgegensteht.

So erweist sich, daß die Umgehung des § 762 II (durch Ausstellung der Anweisung oder des Wechsels auf einen mit der Einziehung beauftragten Dritten), gegen welche man in der II. Kommission einer Spezialbestimmung aufzustellen sich nicht entschließen konnte, durch sinngemäße Anwendung allgemeiner Grundsätze unseres Gesetzbuchs verhindert werden kann. So wenig der Gewinner die Spielschuld eintreiben kann, indem er einen Wechsel an eigene Order vom Verlierer acceptieren läßt und an einen Inkassomandatar indossiert, ebensowenig soll und kann er sein Ziel erreichen, wenn er das Accept seines Spielschuldners durch einen Inkassomandatar einholen läßt, an dessen Order er einen Wechsel zieht oder dem er eine Anweisung erteilt[82]).

---

82) Vergl. meine Abhandlung, S. 26.

Nachdruck verboten.

II.

Das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheins.

Von Privatdozent Dr. J. W. Hedemann in Breslau.

Inhaltsübersicht.

Im folgenden werden nachstehende Gedanken behandelt: I. Das Interesse des Schuldners an der Rückgabe. II. Schutz dieses Interesse auf Grund allgemeiner Sätze. III. Die Sonderregel des § 371 Satz 1. IV. Wer ist nach Satz 1 verpflichtet? V. Entgegenstehende Rechte Dritter. VI. Wer ist aus Satz 1 berechtigt? VII. Sachliche Tragweite des Anspruchs aus Satz 1. VIII. Seine Verwertung im Wege der exceptio non impleti contractus. IX. Die Unmöglichkeit seiner Erfüllung. Einwirkung allgemeiner Regeln. X. Die Sonderregel des § 371 Satz 2. Wer hat das Unvermögen zu beweisen? Entstehungsgeschichte, Stellungnahme der bisherigen Literatur. XI. Beweisbelastet ist der Gläubiger. Prüfung des Gesetzeswortlauts. XII. Die Gegengründe der Protokolle: Lage des Gläubigers. XIII. Lage des Schuldners. XIV. Die verschiedenen Ergebnisse bei Zuweisung der Beweislast an den Gläubiger. XV. Persönliche und sachliche Tragweite des Anspruchs aus Satz 2. XVI. Wirkung der aufgestellten Sätze in der Praxis.

I. Die Bedeutung des Schuldscheins ist in erster Linie die eines Beweismittels. Er soll ein bestehendes Schuldverhältnis im Streit oder auch ohne Streit klarstellen. Daneben kann ihm eine selbständige materielle Bedeutung erwachsen, dann nämlich, wenn ein sog. abstraktes Schuldversprechen, das der Schriftform bedarf, in ihm die nötige Verkörperung findet. Ob nur das eine oder auch das andere der Fall ist, hängt von dem Willen der Parteien ab, zwischen denen der Schein gewechselt wird [1]).

1) Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, 1903, § 14 und 15 (S. 82—91); Collatz in Iherings Jahrbüchern, Bd. 40

In beiden Fällen jedenfalls hat der Schuldschein seine Aufgabe erfüllt, sobald das Schuldverhältnis selbst zu bestehen aufgehört hat, insbesondere nach erfolgter Leistung. Grundsätzlich gilt das Gleiche, wenn ein Schuldverhältnis überhaupt nicht zu stande gekommen ist.

Hat bei dieser Sachlage der Schuldner selbst den Schein in Händen, so wird er ihn vernichten. Befindet sich dagegen das Papier im Besitze des Gläubigers, so können ihm Gefahren erwachsen. Zwar kann aus der Tatsache, daß der Schuldschein sich im Besitz des Gläubigers befindet, nicht mehr, wie noch bisweilen fälschlich behauptet wird, eine gesetzliche Präsumtion auf gegenwärtiges Bestehen eines entsprechenden Schuldverhältnisses hergeleitet werden [2]). Aber es fällt doch

(1898), S. 129. — Ohne weiteres jeden Schuldschein als gleichzeitige selbständige Verpflichtungserklärung aufzufassen oder auch nur entsprechenden Parteiwillen zu vermuten, wovon die Entsch. des O.L.G. Hamburg vom 6. Nov. 1903 (in Seufferts Archiv, Bd. 59 Nr. 122 S. 223) auszugehen scheint, ist unbegründet. Vergl. auch folgende Anmerkung.

2) Sie mag im gemeinen Recht begründet gewesen sein, aber im heutigen Verfahren mit seinem Prinzip der freien Beweiswürdigung hat sie den Boden verloren. Vergl. für das gemeine Recht R.G. vom 13. Febr. 1886, Entsch. Bd. 15 S. 218: „In jedem Falle, wo derjenige, zu dessen Gunsten ein Schuldschein lautet, denselben besitzt, ist zu vermuten, daß die Urkunde ihm von dem Aussteller zum Zwecke der Verpflichtung hingegeben und von ihm in der entsprechenden Willensmeinung entgegengenommen worden sei, so daß es nur dem Aussteller überlassen bleibt, seinerseits Behauptungen aufzustellen und eventuell zu erweisen, aus welchen sich das Gegenteil ergibt.“ Ebenso Fitting in der Zeitschr. für deutsch. Civilprozeß, Bd. 13 S. 73 Ziff. 5; wohl auch in Annahme gewohnheitsrechtlicher Geltung Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2 (1876), S. 579 Anm. 7. — Für das geltende Recht bedenklich R.G. v. 10. Dez. 1903, Entsch. Bd. 56 Nr. 60 S. 235. Crome, System des dt. bürgl. Rechts, Bd. 2 (1902), S. 911 Anm. 16, stellt allerdings eine ähnliche Vermutung auf, indessen handelt man wohl in Cromes Sinne, wenn man auch nach dieser Anmerkung den Satz von S. 242 überträgt: „Diese Vermutungen als gesetzliche sind gefallen. Ihres formalen Zwanges entkleidet, haben sie den Charakter goldener Erfahrungs-

die genannte Tatsache bei der freien Beweiswürdigung als Indizium so erheblich ins Gewicht, daß die Gefahren unrechtmäßiger erneuter Benutzung des Scheins, insbesondere der Möglichkeit einer Weitergabe an dritte Personen, nicht zu unterschätzen sind. Der Schuldner hat deshalb ein lebhaftes Interesse daran, das Papier zurückzubekommen, und da auch die Rechtsordnung das Verschwinden eines Scheins, der eine nicht mehr zutreffende Willenserklärung enthält, nur billigen kann, so erscheint das Interesse des Schuldners als rechtlichen Schutzes würdig.

II. Dem hat das Bürgerliche Gesetzbuch Beachtung geschenkt. Aus seinen allgemeinen Sätzen erwächst dem Schuldner allerdings nur ein beschränkter Schutz. So wird ihm die Spezialregel für Urkunden, die dem Titel über Vorlegung von Sachen eingefügt ist, wenig nützen, weil sie nur zur Einsicht des Schuldscheins, nicht aber zu seiner Rückgabe führt (§ 810 B.G.B.). Mittelbar wird indessen eine andere Seite dieses Instituts, nämlich seine prozessuale Ausgestaltung für das Folgende von Wichtigkeit werden. Denn der dabei geregelte Fall, daß der angebliche Besitzer bestreitet, zur Herausgabe der begehrten Urkunde im stande zu sein, hat auch für das Recht auf Schuldscheinrückgabe gewisse Bedeutung (§ 426 C.P.O. Unten Ziff. XII).

Eine zweite Frage ist die, wie es mit den dinglichen Rechten am Scheine bestellt sei, und ob vielleicht aus all-

sätze, die der freien Beweiswürdigung des Richters noch heute vielfach die Wege weisen." — Letzteres ist richtig. Vergl. aber über die Gefahren des Erstarrens solcher Erfahrungssätze zu bindenden Präsumtionen Hedemann, Vermutung (Fischersche Abhandl., Bd. 11, 2), 1904, S. 205 ff. Auch Motive zum B.G.B., Bd. 2 S. 91 Abs. 3 und neuestens Leonhard, Beweislast, 1904, S. 219 oben. — Ferner Collatz in Iherings Jahrb., Bd. 40 S. 132.

gemeinen Sätzen des Sachenrechts schon ein Anspruch des Schuldners auf Schuldscheinrückgabe hergeleitet werden könne. Der § 952 legt von vornherein eine Verneinung nahe: das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Ob früher der Papierstoff im Eigentum des Schuldners gestanden, und ob der Schuldner es war, der allein die Verarbeitung durch Aufschreiben des Urkundentextes und seines Namens vorgenommen, wird damit ausdrücklich für belanglos erklärt. Man könnte freilich davon ausgehen, daß nach erfolgter Erfüllung der Besitzer des Schuldscheins nicht mehr „Gläubiger" sei und in dem Falle des Nichtzustandekommens eines Schuldverhältnisses überhaupt nie diese Stellung erlangt habe. Doch würde auch damit nur für Einzelfälle geholfen. Denn kehrt man dann zu den übergeordneten Sätzen vom Stoff- und Verarbeitungseigentum zurück, so bleibt der Schuldner trotzdem ohne dingliches Recht, wenn der Stoff vom Gläubiger hergegeben und auch von ihm der Text der Urkunde geschrieben war; diesem Schreiben gegenüber wird nämlich das einzige vom Schuldner selbst gesetzte Wort, sein Namenszug, nicht als erheblich angesehen werden können. Der Gläubiger ist derart auch ohne Zuhilfenahme des § 952 Eigentümer, mit der rei vindicatio kann ihm also der Schuldschein nicht abgenommen werden.

Da in diesem Falle der Gläubiger die Stellung als dinglich Berechtigter von Anfang an genossen, nicht also erst das Eigentum (und ebensowenig den Besitz) vom Schuldner her „erlangt" hat, so versagt auch gleichzeitig ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Zunächst wenigstens, wenn man den Schuldschein vom sachenrechtlichen Standpunkt betrachtet, d. h. das Eigentum oder den Besitz am beschriebenen Papier bewertet.

Aber auch wenn man dem Gedanken nachgeht, im Schuld-

schein die Quelle von Forderungsrechten zu ergründen, ist das Ergebnis nur zur Hälfte befriedigend. Stellt der Schein in Verkörperung eines abstrakten Versprechens einen selbständigen Wertträger dar, so wird es allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß sein Besitz eine Bereicherung und, nach Einlösung der zu Grunde liegenden Verpflichtung, regelmäßig eine ungerechtfertigte Bereicherung bedeutet[3]). Hatte dagegen der Schuldschein nur die Aufgabe, die Erinnerung zu stärken oder bei etwaigem Streit als Beweismittel zu dienen, so erheben sich Bedenken. Hier fehlt ein Recht oder auch nur eine rechtlich erhebliche Position, die den Gegenstand der Bereicherung bildete. Nur die Möglichkeit, daß späterhin gewisse, sehr beschränkte Rechte entstehen können, wenn nämlich der Besitzer den Schein an einen gutgläubigen Dritten weitergibt[4]), ist vorerst vorhanden. Eine solche Möglichkeit aber genügt nicht zur Bereicherungsklage, und überdies würden die späteren rechtlichen Vorzüge gar nicht in der Person des Beklagten, sondern in der des Dritten zu stande kommen. Auch vom Gesichtspunkt des Vermögenswerts gelangt man nicht zur Anwendbarkeit des § 812. Zwar ist in gleicher Weise die bloße Möglichkeit einer zukünftigen Vermögensbereicherung gegeben, sobald nämlich der Besitzer die Weitergabe des Scheins gegen Entgelt vollzieht. Aber der Schein als solcher enthält eine Bereicherung noch nicht, und auch die etwaige, später kondizierbare Vermögensvergrößerung würde nicht in ihm,

3) Vergl. § 812 II B.G.B. Wann die Bereicherung im einzelnen ungerechtfertigt, insbesondere in welchem Grade das abstrakte Versprechen von der Grundverpflichtung (causa, Rechtsgrund) auch noch außer dem Falle der Einlösung abhängig bleibt, gehört nicht hierher. Es kommt nicht auf die Frage an, unter welchen Voraussetzungen eine zweifellose Bereicherung kondiziert werden kann, sondern ob überhaupt eine Bereicherung vorliegt. Darüber siehe den folgenden Text.

4) Vergl. unten XIII.

sondern in dem „durch die Verfügung Erlangten" beruhen (§ 816 B.G.B.)[4a]).

Es ergibt sich also, daß auch die Kategorie der ungerechtfertigten Bereicherung kein durchgreifendes Mittel an die Hand gibt; sie versagt in den meisten Fällen, nämlich immer dann, wenn der Schuldschein nur Beweiszwecken zu dienen bestimmt ist und nicht die Aufgabe hat, von der ursprünglichen eine zweite irgendwie selbständig gemachte Verbindlichkeit abzuheben[5]).

III. Dieser Tatsache, daß die allgemeinen Bestimmungen nicht voll ausreichen, um dem Schuldner in jedem Falle ein Recht auf Schuldscheinrückgabe zu verschaffen, ist das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluß an früheres Landesrecht durch Ausprägung einer Sonderregel gerecht geworden[6]). Der Satz 1 des § 371 bestimmt: „Ist über die

---

4a) Vergl. Kammer-G. v. 10. Jan. 1902 (Seuff., Bd. 59 Nr. 159) und unten Anm. 8.

5) In der Literatur wird dementsprechend auch nur die Forderung, die hinter dem Schuldschein steht, als Gegenstand der Bereicherung betrachtet. Der Schuldschein für sich kommt höchstens als Träger einer zweiten selbständigen Verbindlichkeit in Betracht. So auch Collatz a. a. O., der allerdings in dem vorangehenden Aufsatz (S. 127 ff.) in der Annahme einer selbständigen Anerkennung auf Grund der Ausstellung eines Scheines sehr weit, im uns nicht interessierenden Falle der Quittung zu weit geht.

6) Vergl. A.L.R. I, 16 § 125 ff.; Oesterr. allg. B.G.B. 1428; sächs. B.G.B. § 981. Für Rom siehe l. 25 C. de solut. 8, 43 (42); ob in dieser Stelle condicere terminologisch gebraucht ist, läßt sich schwer bestimmen. — Etwas anders liegt Art. 39 W.O. Der Wechsel als selbständiger Wertträger würde ohne weiteres Gegenstand einer Kondiktion sein können; hier hätte § 812 B.G.B. allenfalls genügt. Auch der in § 894 B.G.B. geregelte Fall unrichtiger Bucheintragung steht unserem Falle nicht ganz gleich. Denn der unrichtige Eintrag ist von vornherein eine rechtlich bedeutsame Position, die z. B. im Wege der Tabularersitzung weiter gedeihen kann (§ 900); beim Schuldschein ist Aehnliches nicht möglich. Darum mag eine „Bereicherung" dort vorliegen (vergl. Oertmann, Komm. zum B.G.B. II Vorbem. vor § 812 unter 2 a α); hier ist das nicht der Fall. — Des weiteren zu vergl. § 175: Rückgabe der Vollmachtsurkunde,

Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen".

Es versteht sich von selbst, daß, wenn erst einmal eine Sonderregel gegeben ist, diese die entscheidende Norm auch in solchen Fällen zu bilden hat, wo bereits eine der allgemeinen Regeln genügt hätte. Selbst wenn daher im Einzelfalle auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung schon eine Schuldscheinrückforderung möglich wäre, erscheint doch ein darauf gerichteter Anspruch stets als Klage aus § 371, soweit der Paragraph sich nicht selbst etwa Grenzen setzt. Diese Scheidung entbehrt der praktischen Folgen nicht. So kann z. B. ein Unterschied im Haftungsmaßstab Bedeutung erlangen. Hat der Verleiher vom Entleiher einen Schuldschein erhalten, wie dies beim Verborgen von Büchern unter Amtsgenossen oder Studienfreunden leicht vorkommen kann, so haftet er für etwaigen Verlust der Urkunde und dessen Folgen nur bis zum Maße grober Fahrlässigkeit (§ 599). Wäre dagegen die ungerechtfertigte Bereicherung Richtschnur, so käme es, da die Bereicherung (z. B. das Nochbehalten des Scheins trotz beendigter Grundverpflichtung) mit der Kenntnis regelmäßig Hand in Hand gehen wird, auf § 819 an, der durch § 292 hindurch auf § 989 mit seiner grundsätzlichen Haftung für jedes Verschulden also nicht bloß grobe Fahrlässigkeit verweist.

Diese Möglichkeit praktischer Unterschiede macht es andererseits zur unbedingten Notwendigkeit, die Tragweite des § 371 zur genauen Feststellung zu bringen.

IV. In persönlicher Hinsicht liegt die Gefahr nahe, die Grenzen viel zu eng zu ziehen. Die Frage, gegen wen sich

---

§ 2361: Rückgabe eines unrichtigen Erbscheins, §§ 1893, 1881: Rückgabe der Bestallung als Vormund, 1144: Aushändigung des Hypothekenbriefs nach erfolgter Befriedigung.

der Rückgabeanspruch richte, scheint auf den ersten Blick schon durch den Hinweis auf den Gläubiger voll beantwortet. Er ist es, dem der bereits genannte § 952 das Eigentum am Scheine zuspricht; wird dann durch eine zweite Gesetzesbestimmung einer anderen Person ein Recht auf Rückgabe eingeräumt, so ist es in der Tat das Nächste, den Eigentümer als den Rückgabepflichtigen ins Auge zu fassen. Weiter hinaus mag man wohl auch bei der Schaffung des Paragraphen nicht gedacht haben.

Aber der Schuldschein kann sich im Besitz eines Dritten befinden. Hat z. B. der frühere Gläubiger seine Forderung an einen neuen Gläubiger abgetreten, ohne ihm den Schuldschein zu übergeben, so ist nunmehr „Gläubiger" allein der Neueingetretene, der Schuldschein aber ist nicht in seinen Händen, sondern in denen des jetzigen „Dritten". Ein unmittelbarer Herausgabeanspruch gegen den letzteren erscheint durchaus am Platze. Da er aus der allgemeinen Kategorie der ungerechtfertigten Bereicherung nicht, oder doch nicht immer, z. B. keineswegs bei bloßen Verwahrungsscheinen oder Leihebestätigungen, hergeleitet werden kann, bleibt nur eine entsprechende Auslegung des § 371 möglich. Sie ist nicht ausgeschlossen. Konnte das Gesetz ohne Berücksichtigung sonstiger Werte, des Stoffeigentums, der Verarbeitung, des Besitzes, bestimmen, daß dem „Gläubiger" das Eigentum, also das wichtigste dingliche Recht am Scheine zustehe, so darf es nicht befremden, wenn man den Rückforderungsanspruch des Schuldners nach vollzogener Erfüllung ebenfalls zu einem dinglichen Rechte gestaltet. Das Eigentum des „Gläubigers" hat bei Wegfall seiner Gläubigerschaft nicht nur keinen Zweck mehr, sondern hört sogar bei Festhalten am Wortlaut des § 952 geradezu von selbst in diesem Augenblicke auf. Schwebt jetzt das dingliche Recht am Scheine in der Luft? Gibt es überhaupt keinen Träger dafür? Wenn die Gläubigerschaft ihr Ende nahm auf

Grund einer Abtretung, so ist ein neuer „Gläubiger" auch als Nachfolger im Eigentum gegeben. Sonst aber muß die Antwort zu Gunsten des Schuldners ausfallen; er ist der Nächste dazu, in die Lücke zu treten.

Auf die Einstellung der betreffenden Regel (§ 371) ins Recht der Schuldverhältnisse ist entscheidendes Gewicht nicht zu legen. Auch das Recht des Schuldners auf Rücknahme des hinterlegten Betrages nach abgelaufenen dreißig Jahren richtet sich gewiß gegen jedermann, gegen die Hinterlegungsstelle wie gegen den Dieb, der ihre Kasse geplündert, oder gegen den Ehrlichen, der den vom Kassenbeamten verlorenen Geldbeutel gefunden hat (§ 382). Oder man betrachte die lebendigen Beispiele in § 604 a. E. und 556: Vermieter und Verleiher sind in der Lage, nach Beendigung des Miet- oder Leihverhältnisses eine Rückforderungsklage auch gegen Dritte zu richten. Um nichts anderes handelt es sich hier: der Schuldner soll in die Lage versetzt werden, nach Beendigung des Schuldverhältnisses den Schuldschein auch vom Dritten herausverlangen zu können.

Diese Konsequenz muß man allerdings ziehen: Es geht hinaus auf den Ausbau des § 371 zu einer actio in rem scripta oder einer utilis actio ad rem vindicandam [7]). Denn bei dem einen Beispiel, das den gewesenen Gläubiger, jetzigen Dritten als den Besitzer des Schuldscheins zeigte, kann man nicht stehen bleiben. Es kann auch der (erste und einzige) Gläubiger den Schein seinem Freunde in Verwahrung gegeben, oder er kann ihn im Hotelzimmer liegen gelassen, oder der vor-

---

7) Diese Bezeichnungen sind deshalb empfehlenswerter wie a. in rem, weil der Schuldner oft noch gar kein Eigentum am Scheine gehabt hat und erst auf Grund einer „Obligation mit unbestimmtem Gegner" solches bekommen will. Vergl. Windscheid, Pand., I § 45 bei Note 6; Dernburg, Pand., I § 225 Ziff. 2. — Aus dem gleichen Grunde ist auch die Sprachweise des § 371 ungenau, nicht immer handelt es sich um Rückgabe.

geeigneten Behörde des Schuldners zur Kenntnisnahme übernommen haben. In allen diesen Fällen nützt die Bereicherungsklage dem Schuldner nur, wenn der Schein ein Wechsel oder sonstiges selbständiges Vermögen wäre, im übrigen aber fehlt die Bereicherung. Da erscheint ein Interesse des Schuldners an der Rückgabe im Hinblick auf etwaigen Mißbrauch der Urkunde nicht zu verkennen ist, empfiehlt es sich auch hier die Klage aus § 371 [illegible] gelten zu lassen.

V. Schließlich erhebt sich eine neue Frage. Der Dritte wird, auf Herausgabe angesprochen, sich nie mit bloßem Besitz der Schuldurkunde [illegible] haben. Er wird behaupten, selbständige Rechte am Schuldscheine zu besitzen. Kann er solche erwerben?

Der zweite Satz des § 952 bejaht diese Frage: „Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein." Noch über diesen Satze steht der Fall der Abtretung der Forderung; schon oben war erwähnt, daß die Abtretung einen neuen „Gläubiger" und damit einen neuen Schuldscheineigentümer bringt. Dieser neue Eigentümer ist sogar, gerade auf Grund des Empfangs der Urkunde, in einem Punkte günstiger gestellt, ihm gegenüber versagen, guten Glauben vorausgesetzt, die Einreden der Simulation und des pactum de non cedendo (§ 405). Erst solche Fälle, da es sich nicht um volle Hingabe der Forderung, Hingabe zu Eigentum, sondern um Uebertragung zu beschränktem Recht, insbesondere um Verpfändung handelt, kommt der angeführte Satz des § 952 zur Bedeutung: Verpfändung der Forderung läßt auch die Schuldurkunde dem Pfandgläubiger verhaftet sein.

Immer aber geht in diesen Fällen das Recht am Schein mit dem Recht an der Forderung Hand in Hand, und es wird durch diesen Zusammenhang das Recht des Schuldners auf

Rückgabe der Urkunde hier wie dort genügend gesichert. Denn die Abtretung der Forderung zu vollem Recht wie ihre Ueberlassung als Pfand müssen dem Schuldner angezeigt werden, sonst sind sie ihm gegenüber ohne Geltung (§§ 407, 1280 B.G.B.). Das heißt nichts anderes als: der Cessionar und der Pfandgläubiger gelten nicht als (neuer) „Gläubiger" oder als „Drittberechtigter", auch nicht im Sinne des § 952. Die Folge dessen ist, daß bei unterbliebener Anzeige die Einrede eines selbständigen dinglichen Rechts am Scheine gegenüber der Rückforderungsklage des Schuldners unbeachtet bleiben muß, wenn der Schuldner statt an den Cessionar oder an Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinsam (§ 1281) bereits an den alten „Gläubiger" allein die geschuldete Leistung entrichtet hat.

Es bleibt noch der Gedanke, daß möglicherweise ohne Uebertragung oder Verpfändung der Forderung das dingliche Recht eines Dritten am Schuldschein begründet werden kann. Aber auch in dieser Richtung ist der Schuldner ausreichend geschützt. Zwar ist mit dem Reichsgericht anzunehmen, daß § 952 dispositive Natur besitzt, also abweichender Parteivereinbarung unterliegt[8]). Es muß sich aber auch wirklich um übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien, des

8) Entsch. v. 14. März 1902 (Bd. 51 Nr. 18 S. 83 ff.). — Es wird ferner dieser Entscheidung darin beizutreten sein, „daß auch nach dem Rechte des B.G.B. Papiere, welche nicht selbständige Träger einer Obligation sind, sondern zum Beweise einer Forderung dienen, wegen Mangels eines realisierbaren Vermögenswertes für sich allein nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein können." Ebenso Kammer-G. wie oben Anm. 4a. Ueber die frühere Stellung des Reichsgerichts vergl. Förster-Eccius, Preuß. Privatr., 7. Aufl. Bd. 3 § 197 Anm. 12 (S. 544). — Ein dinglich wirkendes Retentionsrecht ist überhaupt nicht anzuerkennen. — Es wird daher das Anwendungsgebiet für die im Text besprochene abweichende Parteivereinbarung so wie so ein sehr geringes sein.

Gläubigers wie des Schuldners, handeln. Die einseitige Verfügung des Gläubigers allein kann einem Dritten weder Eigentum noch Pfandrecht noch sonst eine dinglich wirkende Berechtigung verschaffen. Liegt aber beiderseitige Verfügung vor, so ist dem Schuldner das Recht des Dritten bekannt, und er wird entweder nicht eher an den Gläubiger leisten, bevor die Rückgabe des Scheins seitens des Dritten gesichert, oder aber er hat allerdings die Folgen seiner Einwilligung, den Fortbestand des Drittrechts, in den Kauf zu nehmen.

Aus der bisher entwickelten Auffassung des Rückgabeanspruchs als eines dinglichen Anspruchs folgt bereits, daß obligatorische Beziehungen zwischen dem Gläubiger und einem Dritten dem Schuldner gegenüber nur mittelbare Wirkung beanspruchen können, nämlich immer nur dann, wenn sie sich hinter das noch bestehende Recht des Gläubigers selbst verstecken. § 986 wird entsprechend anzuwenden sein. Es muß also der Verwahrer, dem der Gläubiger gelegentlich einer Reise den Schuldschein übergeben hat, diesen an den Schuldner herausgeben, sobald „der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet", zum Besitze nicht mehr berechtigt, insbesondere also auf Grund des § 371 zur Rückgabe verpflichtet ist.

VI. Auch auf der Aktivseite pflegt man die persönlichen Grenzen des Anspruchs aus § 371 zu eng zu stecken. Meistens wird diese zweite Frage, wer berechtigt sei, den Schuldschein herauszuverlangen, in ähnlicher Weise wie die Frage nach dem Verpflichteten, mit dem bloßen Hinweis auf den unmittelbar am Schuldverhältnis selbst Beteiligten, also hier den Schuldner, beantwortet. Bisweilen fügt man sogar ausdrücklich hinzu, daß ein Dritter, der für ihn zahle, Rückgabe nicht verlangen könne, daß vielmehr auch bei dieser Rechts-

lage der Anspruch an die Person des befreiten Schuldners gebunden bleibe[9]).

Der § 371 spricht allerdings nur vom „Schuldner". Aber andere Stellen des Gesetzes geben auch dem zahlenden Dritten ein entsprechendes Recht[10]). Zunächst nicht generell sondern in Einzelfällen.

1) Nicht eigentlich hierher gehört der Fall der Schuldübernahme, bei welcher der Dritte nicht sogleich zur Barzahlung schreitet, sondern vorerst die Verpflichtung, künftig zahlen zu wollen, übernimmt. In solchem Falle geht auch das Recht auf Schuldscheinrückgabe ohne weiteres auf ihn über, weil er ja selbst der „Schuldner", damit der Berechtigte des § 371 geworden ist.

2) Anders liegt bereits § 268, da hier ein Dritter nicht als „Schuldner" eintritt, sondern für den Schuldner, der von der Zwangsvollstreckung betroffen wird. Trotzdem ist auch diesem Dritten ein Recht auf den Schein gegeben. § 268 Abs. III bestimmt: „Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über"; § 412 gibt durch Rückverweisung die Einzelheiten eines solchen gesetzlichen Uebergangs, und unter den derart herangezogenen Sätzen finden wir im § 402 die Worte: „Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger (d. h. entsprechend dem zahlenden Dritten) die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern". Ebenso steht es in allen anderen Fällen der cessio ipsa lege, ins-

9) So Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1. Aufl. (1899), Bem. 1 zu § 371; Staudinger-Mayring, 1. Aufl. (1901), Bem. 5 zu § 371; Schollmeyer, Kommentar, 1. Aufl. (1900), Bem. 4 zu § 371; Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht, Bd. I S. 328 (1904).

10) Der Ausdruck „Rückgabe" paßt hier noch weniger, als bei der oben in Anm. 7 erwähnten Lage.

besondere, wenn der Dritte als Bürge gezahlt oder seine im Interesse des Schuldners verpfändete Sache ausgelöst hat (§§ 774, 1143, 1150, 1249)[11]. Im Gegensatz zum Wortlaut des § 371 erwirbt also bei dieser zweiten Gruppe der zahlende Dritte, nicht der „Schuldner", das Recht auf Auslieferung des Scheins.

3) Es handelte sich dabei um einen Erwerb kraft Gesetzes. Wo solcher nicht gegeben ist, wird schon Parteiwille in weitgehender Weise einen Herausgabeanspruch des zahlenden Dritten an die Stelle setzen. Denn der Schuldner ist nicht behindert, sein Recht aus § 371 abzutreten, und es wird ein entsprechender Abtretungsvertrag in der Regel aus den sonstigen Beziehungen zwischen Schuldner und zahlendem Dritten zu entnehmen sein[12]. Denn diese Beziehungen beruhen meist auf einer Erfüllungsübernahme, und es kann als die Regel angesehen werden, daß dabei gleichzeitig der Parteiwille darauf gerichtet ist, dem Uebernehmenden an Stelle des eigentlichen „Schuldners" das Rücknahmerecht aus § 371 einzuräumen.

11) Hat dagegen der Hauptschuldner die Schuld beglichen, so kann er nicht etwa umgekehrt Herausgabe des Bürgschaftsscheins verlangen, wie Kipp in der Windscheid-Ausgabe mit Recht bemerkt (II; Nachtrag zu § 400 Ziff. 6 b δ S. 685); er ist kein „zahlender Dritter".

12) Der Gläubiger kann nicht dreinreden. Das abgetretene Recht ist aufschiebend bedingt durch die Bezahlung der Schuld. Ist aber die Bezahlung erfolgt und das Recht lebendig geworden, so hat der vorherige Gläubiger aufgehört Gläubiger zu sein. Gleichzeitig fällt jeder Rechtsgrund dafür fort, ihm noch weiterhin auf die Geschicke des Scheins entscheidenden Einfluß zu gewähren. Die Ansicht, daß künftige, insbesondere bedingte Forderungen abtretungsfähig sind, kann jetzt als endgültig gesichert angesehen werden. Vergl. außer den neuesten Entscheidungen des Reichsgerichts vom 29. Sept. 1903 und v. 26. April 1904 und des O.L.G. Braunschweig vom 18. Sept. 1903 (Seufferts Archiv, Bd. 59 Nr. 178, 179; dt. Jur.-Zeit. 1904, Sp. 745) die Aufsätze von Heuer, Lippmann, v. Tuhr, Gareis und die darin besprochene Judikatur in der deutschen Jur.-Zeit., 1903 S. 471; 1904 Spalte 426 ff., 577. Anderer Ansicht allerdings Eccius, ebenda 1904 Spalte 53.

Wollte man das nicht anerkennen, so käme man zu einer offenbaren Aeußerlichkeit. Es würde dann nämlich, falls aus der Erfüllungsübernahme noch eine Schuldübernahme wird, der Fall in die erste obige Gruppe mit dem unzweifelhaften Recht des Uebernehmenden (als des neuen „Schuldners") auf Aushändigung des Scheines an ihn gehören. Im anderen Falle wäre dagegen ein gleiches Recht nicht gegeben. Ob aber dieser Uebergang eingetreten oder unterblieben ist, wird sich so gut wie nie ergründen lassen; die zur Erzeugung einer Schuldübernahme noch erforderliche Genehmigung oder Einwilligung des Gläubigers (§ 414 f.) fließt ohne klare Scheidung in die Erklärung der Bereitwilligkeit, die vom Dritten schon wirklich dargebotene Leistung anzunehmen, über (vergl. § 267). Und sollte man sich doch gegen die Verwischung dieser Grenzen wehren und etwa eine ausdrücklich auf vorherige Schuldübernahme gerichtete Willenserklärung verlangen, so ist es dem zahlungsbereiten Dritten ein Leichtes, mit dem Geld in der Hand den Gläubiger zu fragen, ob er gegen die „Uebernahme" der (sofort zu begleichenden) Schuld etwas einzuwenden habe. In wenigen Sekunden ist damit der zahlende Dritte selbst zum „Schuldner" geworden, der nach § 371 Rückgabe des Schuldscheins verlangen kann.

4) Aus dieser letztgeschilderten Sachlage folgt bereits, daß auch dann, wenn der eigentliche Schuldner seinerseits sich überhaupt nicht beteiligt hat, der zahlende Dritte das Rückforderungsrecht erwerben kann, denn auch ohne Eingreifen des Leistungspflichtigen kommt eine Schuldübernahme zu stande (§ 414), und wenn der Uebernehmende die Schuld sofort bezahlt, so wäre es wenig glücklich, nunmehr das Zwischenglied einer Schuldübernahme, und damit den Uebergang des Rechtes aus § 371 nur deshalb abzulehnen, weil eben „gleich" die Leistung selbst erfolgt sei. Das hieße dem sofort Bezahlenden

weniger Rechte gewähren als dem, der erst später zur Zahlung bereit sein will, obwohl der erstere mehr hingibt als der letztere.

5) Aus diesen erschöpfenden Einzelgruppen nunmehr auch ein generelles Recht des zahlenden Dritten auf Auslieferung des Schuldscheins abzuleiten, ist nur noch ein Schritt. Ihn zu tun, fällt um so leichter, als auch dafür im Gesetze ein Anhalt zu finden ist. Man wird keinen Augenblick Bedenken tragen, insbesondere beim Gedanken an § 267, der den Gläubiger zur Annahme der Leistung seitens eines Unbeteiligten zwingt, das im § 368 geregelte Recht auf Quittung auch dem Drittzahler einzuräumen: „Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis zu erteilen", obwohl auch hier in den daran angeschlossenen Worten desselben Paragraphen nur vom „Schuldner" als dem Berechtigten gesprochen wird. Das Recht auf Quittung und das Recht auf Schuldscheinrückgabe sind aber derartige Parallelerscheinungen, daß gerade der uns am meisten fesselnde § 371 den Anspruch auf Aushändigung der Schuldurkunde ausdrücklich neben das Verlangen einer Quittung stellt. Deshalb wird man nicht umhin können, dem Dritten, der den Ehrenschein des Schuldners eingelöst hat, neben der Quittung auch ein unmittelbares Recht auf den Schein zuzusprechen, statt ihn auf den Umweg einer Klage durch die Person des angeblich allein berechtigten „Schuldners" hindurch zu verweisen [13]).

VII. Auch die Begrenzung des Rückgabeanspruchs in sachlicher Richtung ist vom Gesetze nicht klargestellt. Der § 371 ist dem Titel über Erfüllung und Annahme an Er-

13) Ueber das innere Verhältnis zwischen dem zahlenden Dritten und dem Schuldner vergl. einiges unten im Abschnitt XV.

füllungsstatt eingegliedert. Aber es kann keinem Zweifel unterliegen, daß damit die volle Tragweite des Anspruchs nicht erschöpft ist. Wollte man ihn ausschließen, wenn der Schuldner, statt zu erfüllen, den Weg der Hinterlegung oder der Aufrechnung (soweit er zulässig) eingeschlagen hat, so wäre der Schuldner eines notwendigen Schutzes beraubt, obwohl er im übrigen „durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit wird, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte“ (§ 378), und obwohl die Aufrechnung bewirkt, daß beide Forderungen, also auch die gegen ihn gerichtete, „als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind“ (§ 389). In der Literatur scheint man daher auch mit Recht kein Bedenken zu tragen, diese Fälle von sogenannten Erfüllungssurrogaten denen der eigentlichen Erfüllung gleichzustellen.

Dagegen wird die selbständige Rückforderungsklage dem Schuldner abgesprochen, wenn das Schuldverhältnis auf andere Weise, etwa durch Erlaßvertrag, sein Ende findet, und ebenso, wenn es von Anfang an nicht existent geworden ist oder durch Anfechtung in den Zustand der Ungültigkeit von Anfang an zurückversetzt wird. In solchen Fällen sei allein mit der Bereicherungsklage aus § 812 zu helfen[14]). Wenn nun aber, wie oben ausgeführt (Ziff. II), die Bereicherungsklage versagt, weil der Besitzer eines unselbständigen, bloß als Beweismittel gedachten Scheins weder durch ein Recht noch durch eine Vermögensvergrößerung, noch auch möglicherweise durch das (ihm früher nicht zustehende) Sacheigentum am beschriebenen Blatt Papier bereichert worden ist? Jeder Richter würde geneigt sein,

14) So z. B. Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse (1900), Bem. 5 zu § 371.

trotzdem auf Auslieferung des Schuldscheins zu erkennen. Aber er kann dieser Neigung eine rechtliche Unterlage nur verschaffen, wenn er den § 371 auch für andere Rechtslagen als die der Erfüllung und deren Surrogate heranzieht. Ein Fall scheint besonders deutlich zu beweisen, daß der Richter damit auf dem rechten Pfade wäre. Wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht bloß aus einem, sondern aus mehreren Schuldverhältnissen verpflichtet ist, etwa wiederholt gegen Schuldschein Darlehne empfangen oder gegen Leihebestätigungen verschiedene Bücher entliehen hat, und es wird ihm nach Zahlung einer Summe, die nicht alle Darlehne oder den ganzen durch Verbrennen der Bücher entstandenen Schaden deckt, der Rest vom Gläubiger erlassen, so wäre es unerträgliche Scholastik, an der Hand des § 366 untersuchen zu wollen, welche Schuldscheine (oder gar Bruchteile von Schuldscheinen) dem Rückgabeanspruch nach § 371 unterliegen und welche nicht, je nachdem die von ihnen repräsentierten Beträge durch Erfüllung oder durch Erlaß ihre Deckung gefunden hätten.

Es wird allerdings selten vorkommen, daß der Erlassende nicht auch zur Rückgabe der Schuldscheine ohne weiteres bereit ist. Aber es lassen sich leicht entsprechende andere Verhältnisse denken, wo nicht alles im Frieden erledigt wurde. So kann z. B. um die Rechtsgültigkeit der mehreren Darlehne aus dem Gesichtspunkte des Irrtums oder des Wuchers lebhaft gestritten worden sein, bis der Richter durch längeres Zureden einen Vergleich auf die Hälfte der Gesamtsumme zu stande gebracht hat. Hier spinnt sich die gleiche Frage an, ob ein Teil oder alle Scheine zurückgegeben werden müssen. Auch sie ist im letzteren Sinne, also dahin zu beantworten, daß n i c h t b l o ß E r f ü l l u n g o d e r E r f ü l l u n g s s u r r o g a t, s o n d e r n a u c h d i e U n g ü l t i g k e i t d e s S c h u l d v e r h ä l t n i s s e s v o n A n f a n g a n o d e r s e i n e E r l e d i g u n g d u r c h E r-

laß und Vergleich eine dem Anspruch aus § 371 Satz 1 entsprechende Klage begründen[15]).

VIII. Neben der selbständigen Klage sind dem Schuldner entsprechende Einrederechte gegeben. Insbesondere steht es ihm frei, die eigene Leistung so lange zurückzubehalten, bis ihm Zug um Zug Rückgabe des Schuldscheins angeboten wird. Das folgt wiederum aus der Parallelisierung mit dem Anspruch auf Quittung. Dieser ist zum Leistungsanspruch in synallagmatische Beziehung gesetzt (§ 368), für den Rückgabeanspruch, der neben ihm steht, hat Gleiches zu gelten[16]).

IX. Trotz der weiten Ausdehnung, die in den vorhergehenden Abschnitten für den ersten Satz des § 371 empfohlen worden ist, gewährt der Anspruch auf Schuldscheinrückgabe allein dem Schuldner nicht in allen Fällen ausreichende Sicherheit. Der Anspruch ist zwecklos, wenn das begehrte Objekt beim Angesprochenen nicht zu finden ist. Auch hier greift das Bürgerliche Gesetzbuch hilfreich ein. Wir haben dasselbe Bild wie früher. Einen gewissen Schutz bieten bereits allgemeine Sätze; darüber hinaus ist eine Sonderregel geschaffen worden.

Nach allgemeinen Bestimmungen hat der Gläubiger, der gegenüber dem Rückgabeanspruch die Rolle des Schuldners einnimmt, den entstandenen Schaden zu ersetzen,

15) Allerdings hat der Schuldner die Beweislast zu tragen. Vergl. über deren Umfang im Falle angeblichen Ausbleibens der Darlehnsvaluta, nachdem der nunmehr zurückverlangte Darlehnsschuldschein bereits hingegeben war, die oben in Anm. 1 zitierte Entscheidung, und Collatz, a. a. O. S. 133 ff.

16) Uebereinstimmend Planck, Kommentar (1900), Bem. 1 zu § 371; Staudinger-Mayring, ebenda; Ebert in Fischer-Henles Handausgabe, Bem. 3; Müller-Meikel a. a. O. — Bestritten ist, ob es sich um ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 handelt. Dafür Oertmann, Bem. 2 zu § 368; dawider Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht, 1904, S. 141 f., 173.

sofern die Unmöglichkeit der Leistung von ihm zu vertreten ist (§ 280); er muß also, wenn der Verlust des Schuldscheins ihm zur Last gelegt werden kann[17], für den Schaden aufkommen, von dessen Bedeutung noch im folgenden (Ziff. XIII) ein genaueres Bild entworfen werden wird. Es liegt ihm auch nach § 282 die Beweislast ob, wenn er seine Vertretungspflicht bestreitet[18]. Indessen haben diese Hilfsbestimmungen deshalb nur beschränkten Wert für den Schuldner, weil sie nicht sogleich einsetzen, sondern ihn darauf anweisen, die Möglichkeit eines späteren Schadens abzuwarten, und weil sie ihn derart einer dauernden, gegenüber einem anrüchigen Gläubiger besonders drückenden Ungewißheit preisgeben.

X. Hier setzt die Sonderregel ein. Sie gibt dem Schuldner, der den Schein nicht zurückerhält, sofort einen ergänzenden Anspruch. Der zweite Satz im § 371 bestimmt: „Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außer stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei"[19]. Wiederum redet das Gesetz nur vom Gläubiger und vom Schuldner, und es steht diese zweite Sonderregel in unmittelbarer Verbindung natürlich auch nur mit dem Falle des Erlöschens durch Erfüllung. Das Folgende hält sich vorerst (X bis XIV) in diesem engsten Rahmen.

17) Ueber das Maß der Vertretungspflicht vergl. bereits das Beispiel S. 69 Abs. 2.

18) Ueber die Ausdehnung des § 282 auch auf synallagmatische Vertragsverhältnisse vergl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 133 f.

19) Ein anderer, von einigen Partikularrechten eingeschlagener Weg ist der der Kraftloserklärung des Scheins durch öffentliches Aufgebot. Solches bestimmt z. B. § 1428 des österreichischen allgemeinen B.G.B. und für besonders bedenkliche Fälle § 6 der preuß. Verordn. vom 9. Dez. 1809 wegen Mortifikation rc. in Verbindung mit A.L.R. I, 16 § 126. — Vergl. Motive zum B.G.B., Bd. 2 S. 91 oben.

Die näheren Voraussetzungen des Surrogatanspruchs sind stark bestritten. Das Gesetzbuch wendet hier das sonst nur noch vereinzelt erscheinende Wort „behaupten" an. Es wurde in der zweiten Lesung absichtlich eingefügt, um die im I. Entwurf aufgestellten Voraussetzungen abzuändern. Trotzdem hat die erheblich überwiegende Zahl der Rechtslehrer, von denen die Frage bisher behandelt worden ist, die beabsichtigte Aenderung nicht anerkannt, sondern sich den Sinn der Gesetzesbestimmung so zurecht gelegt, daß er mit der Fassung des I. Entwurfs in Einklang steht — ein lehrreiches und selten klares Beispiel von der Selbständigkeit des Gesetzes gegenüber Entstehungsgeschichte und Materialien. Im einzelnen gilt folgendes:

Es lautete im I. Entwurf

§ 271: „Ist dem Gläubiger ein Schuldschein über die Forderung ausgestellt worden, so kann der Schuldner bei der Tilgung neben der Quittung die Zurückgabe des Schuldscheins und, wenn der Gläubiger dazu außerstande ist, eine schriftliche und öffentlich beglaubigte Erklärung desselben verlangen, daß die Schuld erloschen sei."

Dagegen wies der II. Entwurf wörtlich die jetzige, oben wiedergegebene Fassung auf (Satz 1 S. 68 f., Satz 2 S. 82), ging also von der Voraussetzung aus:

„Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außer stande zu sein rc."

Daß man bei der Prägung dieser beiden abweichenden Fassungen auch abweichende, geradezu entgegengesetzte Wirkungen plante, geht aus den Materialien klar hervor. Während die Motive zum I. Entwurf (Bd. 2 S. 90 a. E.) sich in der Absicht möglichster Sicherung des Schuldners dahin auslassen:

sofern die Unmöglichkeit der Leistung von ihm zu vertreten ist (§ 280); er muß also, wenn der Verlust des Schuldscheins ihm zur Last gelegt werden kann[17], für den Schaden aufkommen, von dessen Bedeutung noch im folgenden (Ziff. XIII) ein genaueres Bild entworfen werden wird. Es liegt ihm auch nach § 282 die Beweislast ob, wenn er seine Vertretungspflicht bestreitet[18]. Indessen haben diese Hilfsbestimmungen deshalb nur beschränkten Wert für den Schuldner, weil sie nicht sogleich einsetzen, sondern ihn darauf anweisen, die Möglichkeit eines späteren Schadens abzuwarten, und weil sie ihn derart einer dauernden, gegenüber einem anrüchigen Gläubiger besonders drückenden Ungewißheit preisgeben.

X. Hier setzt die Sonderregel ein. Sie gibt dem Schuldner, der den Schein nicht zurückerhält, sofort einen ergänzenden Anspruch. Der zweite Satz im § 371 bestimmt: „Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außer stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei“[19]. Wiederum redet das Gesetz nur vom Gläubiger und vom Schuldner, und es steht diese zweite Sonderregel in unmittelbarer Verbindung natürlich auch nur mit dem Falle des Erlöschens durch Erfüllung. Das Folgende hält sich vorerst (X bis XIV) in diesem engsten Rahmen.

17) Ueber das Maß der Vertretungspflicht vergl. bereits das Beispiel S. 69 Abs. 2.

18) Ueber die Ausdehnung des § 282 auch auf synallagmatische Vertragsverhältnisse vergl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900, S. 133 f.

19) Ein anderer, von einigen Partikularrechten eingeschlagener Weg ist der der Kraftloserklärung des Scheins durch öffentliches Aufgebot. Solches bestimmt z. B. § 1428 des österreichischen allgemeinen B.G.B. und für besonders bedenkliche Fälle § 6 der preuß. Verordn. vom 9. Dez. 1809 wegen Mortifikation zc. in Verbindung mit A.L.R. I, 16 § 126. — Vergl. Motive zum B.G.B., Bd. 2 S. 91 oben.

Die näheren Voraussetzungen des Surrogatanspruchs sind stark bestritten. Das Gesetzbuch wendet hier das sonst nur noch vereinzelt erscheinende Wort „behaupten" an. Es wurde in der zweiten Lesung absichtlich eingefügt, um die im I. Entwurf aufgestellten Voraussetzungen abzuändern. Trotzdem hat die erheblich überwiegende Zahl der Rechtslehrer, von denen die Frage bisher behandelt worden ist, die beabsichtigte Aenderung nicht anerkannt, sondern sich den Sinn der Gesetzesbestimmung so zurecht gelegt, daß er mit der Fassung des I. Entwurfs in Einklang steht — ein lehrreiches und selten klares Beispiel von der Selbständigkeit des Gesetzes gegenüber Entstehungsgeschichte und Materialien. Im einzelnen gilt folgendes:

Es lautete im I. Entwurf

§ 271: „Ist dem Gläubiger ein Schuldschein über die Forderung ausgestellt worden, so kann der Schuldner bei der Tilgung neben der Quittung die Zurückgabe des Schuldscheins und, wenn der Gläubiger dazu außer stande ist, eine schriftliche und öffentlich beglaubigte Erklärung desselben verlangen, daß die Schuld erloschen sei."

Dagegen wies der II. Entwurf wörtlich die jetzige, oben wiedergegebene Fassung auf (Satz 1 S. 68 f., Satz 2 S. 82), ging also von der Voraussetzung aus:

„Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außer stande zu sein ꝛc."

Daß man bei der Prägung dieser beiden abweichenden Fassungen auch abweichende, geradezu entgegengesetzte Wirkungen plante, geht aus den Materialien klar hervor. Während die Motive zum I. Entwurf (Bd. 2 S. 90 a. E.) sich in der Absicht möglichster Sicherung des Schuldners dahin auslassen:

„Es genügt nicht die Behauptung des Gläubigers, zu der Rückgabe außer stande zu sein, indem sonst der Gläubiger nach seiner Wahl entweder die Schuldurkunde zurückgeben oder einen Mortifikationsschein erteilen könnte, hierdurch aber der Gefahr des Mißbrauches der Schuldurkunde zum Nachteile des Schuldners oder Dritter Tür und Tor geöffnet wäre",

begründen die Protokolle in der entgegengesetzten Tendenz, eine übermäßige Belastung des Gläubigers zu verhindern, ihre Abänderung des I. Entwurfs in folgender Weise:

„Zunächst soll der Schuldner mit der Mortifikationserklärung an Stelle der Rückgabe des Schuldscheins sich begnügen müssen, wenn der Gläubiger behauptet, zur Rückgabe des Schuldscheins außer stande zu sein. Wollte man dagegen den Beweis der Unmöglichkeit der Rückgabe verlangen, so würde die Lage des Gläubigers erschwert werden, ohne daß dies durch das Interesse des Schuldners geboten wäre."

In diesen Worten der Protokolle ist nur eine Negative enthalten, der Gläubiger braucht nicht zu beweisen. Was auf der positiven Seite gelten soll, bleibt unbeantwortet, die Protokolle fahren fort: „Dabei könne die Frage offen bleiben, ob nicht der Gläubiger trotz seiner Behauptung, zur Rückgabe nicht im stande zu sein, zu dieser angehalten werden könnte, wenn die Unwahrheit seiner Behauptung erwiesen werde" (sc. vom Schuldner). Macht schon das Offenlassen streitiger Fragen für sich selbst einen unerfreulichen Eindruck, so steigert sich die Unerfreulichkeit, wenn das Ablehnen einer entscheidenden Stellungnahme dem Gesetzestext eine unklare Fassung verschafft. Hätte man sich nicht gescheut, die eine der beiden möglichen Antworten von vornherein zu Grunde zu legen, so wäre der Wortlaut von § 371 sicher anders ausgefallen.

Entweder wird nämlich auch der Gegenbeweis des Schuldners gegen die Behauptung der Unmöglichkeit ausgeschlossen. Dann wäre dem Gläubiger eine Art **facultas alternativa** gegeben: von der Rückgabeverpflichtung kann er sich durch Gewähren eines Anerkenntnisses befreien. Diese erste Alternative scheint in der Literatur überhaupt nicht vertreten zu werden. Allerdings ist die Stellungnahme Eberts nicht klar ersichtlich, doch neigt er wohl eher zur zweiten Möglichkeit[20]. — Wäre in Klarheit dieser Ausgangspunkt gewählt worden, so hätte der Gesetzeswortlaut auch eine entsprechende, d. h. andere Färbung bekommen; denn wie er jetzt ist, zwingt er den Gläubiger, der von der facultas Gebrauch machen will, möglicherweise unnötig zu einer Lüge. Er muß erst behaupten, daß er zur Erfüllung der primären Verpflichtung, nämlich zur Rückgabe, nicht im stande sei. Das erscheint nicht nur überflüssig, sondern höchst bedenklich.

Oder der Gegenbeweis wird zugelassen. Dann steckt in dem Behaupten nichts wie Verteilung der Beweislast. Auch diese zweite Alternative hat wenige Anhänger gefunden. Sie wird von Cosack und gegebenenfalls von Ebert vertreten[21]. — Wäre man von ihr ausgegangen, so hätte man gewißlich das Behaupten ganz aus dem Spiele gelassen und hätte die sonst in offenbarem Schematismus durchgeführte Satzform verwendet: „Ist streitig, ob die Rückgabe des Schuldscheins unmöglich ist, so trifft die Beweislast den Schuldner“[22].

So aber hat man in der Verlegenheit keine der beiden klaren, sondern eine zweideutige Fassung gewählt, die der einen

---

20) Vergl. Fischer-Henle, Handausgabe, Anm. 4 zu § 371 (6. Aufl.).

21) Cosack, Lehrbuch, Bd. 1, 4. Aufl. (1903), § 108 Ziff. V b S. 374.

22) Vergl. die Fassung der §§ 282, 345, 358, 442, 542 III, 636 II.

wie der anderen Alternative gerecht werden konnte. Gerade diese Undeutlichkeit der Fassung ist aber des weiteren zur Handhabe geworden, gänzlich über die Protokolle hinwegzugehen und die von ihnen ausdrücklich aufgestellte Negative ins Umgekehrte zu verwandeln: der Gläubiger soll sehr wohl zum Beweise seiner Behauptung verpflichtet sein. Unter besonderer Zurückweisung der Protokollausführungen vertritt diesen Standpunkt Mayring im Staudingerschen Kommentar. Er wird aber auch eingenommen von Planck, Oertmann, Schollmeyer, Kipp, Crome, Endemann, Müller-Meikel[23]). Eine Sonderstellung hat Dernburg inne. Theoretisch geht er mit den Genannten, im praktischen Ergebnis nähert er sich stark dem Ziel der Protokolle. Er erblickt nämlich in dem beharrlichen Verlangen der Schuldscheinrückgabe gegenüber einem Gläubiger, der sich erbietet, statt ihrer ein öffentliches Anerkenntnis zu gewähren, regelmäßig schikanöse, also unzulässige Rechtsausübung und verlangt vom Schuldner zwar nicht den Gegenbeweis, daß die Behauptung des Gläubigers auf Unwahrheit beruhe, wohl aber den Nachweis eines besonderen Interesse gerade an der ursprünglichen Leistung, also der Schuldscheinrückgabe[24]).

XI. So erhebt sich die herrschende Meinung über Entwickelungsgeschichte und Protokolle. Es wird ihr dennoch beizutreten sein.

Der Wortlaut des Gesetzes steht nicht entgegen. Eine ausdrückliche Verteilung der Beweislast dem „Behaupten" des § 371 zu entnehmen, liegt kein zwingender Grund vor.

---

23) Planck, Oertmann, Schollmeyer in ihren Kommentaren (1. Aufl.), Bem. 2 zu § 371; Kipp, Windscheid-Ausgabe, S. 407; Crome, System, S. 241 Anm. 75; Endemann, Lehrbuch, 9. Aufl., § 141 Anm. 23; Müller-Meikel a. a. O.

24) Dernburg, Bürgerliches Recht, II, 1 § 115 Ziff. VI (S. 261).

Es ist auch nirgends eine zweite parallele Bestimmung, die vielleicht mit Notwendigkeit in solchem Sinne auszulegen wäre, im Gesetz enthalten. Daß vielmehr im Gegenteil, wenn es sich um ausdrückliche Beweislastverteilung handelt, regelmäßig eine ganz andere Form zur Anwendung gelangt, war schon oben vermerkt (Anm. 22). Deshalb kommen die allgemeinen Beweisverteilungssätze, die für den Grundfall der Leistungsunmöglichkeit (§ 275 B.G.B.) gegeben sind, auch bei der hier in Frage stehenden Unmöglichkeit zur Anwendung. Danach aber ist mit dem Beweise belastet der Schuldner[25]). Bei der Rückgabeverpflichtung des § 371 ist dies, wie oben schon besprochen, der „Gläubiger", oder richtiger der Besitzer des Schuldscheins, da seine Gläubigereigenschaft mit der Erfüllung beendet worden ist. — Der Wortlaut des Gesetzes steht daher den Protokollen eher entgegen als zur Seite.

XII. Ebensowenig vermögen die Gründe der Protokolle für die entgegengesetzte Regelung zu gewinnen. Es heißt da: „Wollte man den Beweis der Unmöglichkeit der Rückgabe verlangen, so würde die Lage des Gläubigers erschwert werden, ohne daß dies durch das Interesse des Schuldners geboten wäre."

Die angebliche Erschwerung der Lage des Gläubigers läßt sich kurz erledigen. Näher charakterisiert wird sie in den Protokollen mit den Worten: „Der Nachweis der vorzugsweise in Frage kommenden subjektiven Unmöglichkeit würde häufig kaum zu erbringen sein, z. B. wenn der Schuldschein verlegt oder auf nicht zu ermittelnde Weise abhanden gekommen sei." Aehnliche Schwierigkeiten werden sich in jedem Falle des Beweises einer subjektiven Unmöglichkeit ergeben. Doch aber hat im Rahmen des oben genannten § 275 immer der Schuldner

25) Vergl. Leonhard, Beweislast, 1904, S. 356 (§ 113).

diese Schwierigkeiten auf seine Schultern zu nehmen. Für unseren Sonderfall ließe sich eher behaupten, daß die Schwierigkeiten in der Praxis geringere sein werden. Denn ein ganz ähnlicher Fall ist im Gesetze ausdrücklich geregelt worden und bietet für die Behandlung des unserigen einen willkommenen Anhalt. Es handelt sich um die in der C.P.O. begründete Urkundeneditionspflicht zu Beweiszwecken. Wir sehen da denselben Tatbestand als möglich vor uns, daß nämlich der Vorlegungspflichtige zur Beibringung der gewünschten Urkunde nicht fähig zu sein behauptet, und finden daselbst einen entsprechenden Eid bereits wörtlich formuliert. Der Behauptete hat zu schwören: „daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde" (§ 426). Und ähnlich kann ein Drittbesitzer, allerdings erst im Zwangsvollstreckungsverfahren, zu dem Offenbarungseid gezwungen werden, „daß er die Sache (den Schuldschein) nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde" (§§ 883, 429 C.P.O.). Wenn daher der Gläubiger in unserem Sonderfall nur einiges schon zur Begründung seiner Behauptung beigebracht hat, so mag ihm der Richter durch einen ähnlich formulierten Eid Gelegenheit geben, die angeblichen Schwierigkeiten der Beweisführung mit Leichtigkeit zu überwinden (§ 475 C.P.O.).

Noch darüber hinaus das Interesse des Gläubigers zu berücksichtigen, liegt kein Grund vor. Wer einen Schuldschein bekommt, muß von vornherein an die spätere Rückgabe denken; es besteht die Anwartschaft eines anderen auf den Schein, dem hat der Gläubiger mit Sorgfalt Rechnung zu tragen. Verlegt er den Schein, so trifft ihn ein Vorwurf. Daraufhin von ihm zu verlangen, daß er wenigstens die Unterlagen für einen

richterlichen Ergänzungseid beibringe, ist nichts weniger als eine Härte.

XIII. Auf der anderen Seite wäre die Lage des Schuldners mancher Gefährdung ausgesetzt, wenn man den Gläubiger vom Beweis seiner Behauptung lossspräche. Die Protokolle wollen das allerdings nicht zugeben: „Es werde kaum vorkommen, daß der Gläubiger wider besseres Wissen die Unmöglichkeit vorschützen und, um den Schuldschein zurückbehalten zu können, den Mortifikationsschein erteilen sollte, dessen Ausstellung ihm Kosten verursache und den Schuldschein wertlos mache." Hiergegen läßt sich vieles sagen.

Vergessen sind z. B. die Fälle, da der Gläubiger, ohne geradezu böswillig zu handeln, aus Trägheit auf sorgfältiges Nachsuchen verzichtet und lieber als wohlbegüterter Mann die Kosten des Anerkenntnisses übernehmen will. Aber auch Fälle, da der Gläubiger mit wohlbedachter Absicht den Schein in den Händen zu behalten trachtet, liegen nicht in der Ferne. Keineswegs braucht sein Motiv dabei ein unlauteres zu sein. Er will vielleicht vorerst Erkundigungen einziehen, um dann gegebenenfalls das Papier dem Strafrichter auszuliefern, da es einen Bestechungsversuch illustriert oder die betrügerische Führung eines falschen Namens zur Feststellung bringt. Fälle wirklicher Böswilligkeit werden häufiger sein. Sie sind immer dann gegeben, wenn der Gläubiger den Schein zum Nachteil des Schuldners auszubeuten gedenkt, wenn also der Schuldschein in seinen Augen keineswegs so „wertlos" ist, wie ihn die Protokolle auf Grund des dafür eingetauschten Anerkenntnisses erscheinen lassen wollen.

Der Gläubiger will etwa als geschäftlicher Konkurrent des Schuldners dessen Kredit untergraben, indem er bei guter Gelegenheit den Kunden verschiedene, scheinbar noch nicht eingelöste Schuldscheine des unliebsamen Nachbarn aufweist. Oder er

plant Erpressungen, indem er auf die gesellschaftliche Stellung des Schuldners spekuliert, dem das Kursieren von Schuldscheinen in hohem Grade unangenehm sein muß, weil er zwar, gestützt auf das Anerkenntnis, in jedem Augenblick Zahlung nachweisen könnte, falls man ihn befragen würde, aber eben mehr mit Gerüchten hinter seinem Rücken als mit offenen Anfragen zu rechnen hat. Oder es gibt der Schuldschein über politische Beziehungen des Schuldners Auskunft, die jetzt gelöst sind, aber gerade vom treu gebliebenen Gläubiger festgenagelt werden sollen, um den Parteiverräter öffentlich zu kompromittieren. Oder der Tod des Schuldners läßt sich in absehbarer Zeit erwarten, und es hofft der Gläubiger, dem Erben, der ihm als Feind geordneter Briefschaften wohlbekannt ist, noch einmal den „Ehrenschein" des Erblassers zur Einlösung präsentieren zu können. Oder ein Minderjähriger, gleich liederlich wie jener Erbe, ist der Schuldner, und es läßt sich mit Wahrscheinlichkeit erwarten, daß er nach erreichter Volljährigkeit auf eine Durchsicht des großen Stoßes vormundschaftlicher Geschäftspapiere verzichten, das darin wohlverwahrte Anerkenntnis also nicht kennen und ohne Zögern bereit sein wird, zum zweiten Male auf den Schuldschein hin zu zahlen.

In allen diesen Beispielen steht den Plänen des Gläubigers ein lebhaftes Interesse des Schuldners gegenüber. Der Offizier, der Familienvater, der häufig verwarnte Neffe haben ein Stück ihrer Persönlichkeit mit dem Schuldschein dahingegeben; ihre Persönlichkeit wollen sie vom lastenden Drucke durch Einlösung des Ehrenscheins befreien; das Anerkenntnis kann ihnen Gleiches nicht voll ersetzen, denn es ist auf die Zukunft, höchstens die Gegenwart gerichtet, aber den Makel der Vergangenheit vermag es nur zum Teil fortzuwischen. Der Kaufmann, der mühsam eine schwere Krisis überstanden hat, sieht im neu auflebenden Kredit sein höchstes Gut, er wünscht nichts mehr, als daß die alten Scheine spurlos aus der Welt verschwinden, mit

Anerkenntnissen ist ihm nur halb gedient. Der Schuldner, der den Schuldschein zur Bestechung hingegeben hat, beeilt sich, dieses instrumentum sceleris so schnell wie möglich den Augen seiner Mitmenschen zu entziehen, der Schein hat Wert für ihn als selbständiges Objekt, als individuelle Sache, sie will er haben, nicht einen ungleichwertigen Ersatz. Vielleicht gedenkt er auch umgekehrt, aus dem Schein Vorwürfe gegen das Treiben des Gläubigers herzuleiten; das Anerkenntnis schweigt über die wucherische Klausel, deren Wortlaut dem Schuldner nicht mehr bekannt ist, während die Kenntnis ihm möglicherweise den Weg zur Rückforderung wegen unsittlicher Ausbeutung eröffnen würde (§ 138 B.G.B.).

Außerdem bleibt der Schuldner jederzeit der Belästigung durch Dritte ausgesetzt. Leute, die Schuldscheine aufkaufen, auch mit dem Risiko, in dem einen oder anderen Fall durch Erwerb einer bereits beglichenen, daher von Rechts wegen gar nicht mehr bestehenden Forderung betrogen zu werden, gibt es zu allen Zeiten. Auch wenn der Schuldner ihnen gegenüber durch das Anerkenntnis aus § 371 im Endergebnis regelmäßig geschützt sein wird, so bleibt schon das etwaige Mahnen, die bloße Klage seitens des Dritten eine Belästigung, die bei Rückgabe des Scheines nicht möglich gewesen wäre. Vor allem aber macht sich ein ausdrücklich im Gesetz anerkannter Wertunterschied zwischen Schuldscheinrückgabe und Anerkenntnis dann bemerkbar, wenn der Gläubiger die Forderung früher schon unter Hingabe der Urkunde abgetreten, dann aber vom nichtsahnenden Schuldner gegen Angebot eines Anerkenntnisses Zahlung an sich selbst begehrt hat. Läßt man in solchem Falle den Gläubiger, wie die Protokolle wünschen, schon genug getan haben, mit der Behauptung, daß er zur Rückgabe des Schuldscheins außer stande sei, so ist dem Schuldner der Weg zur Aufklärung über den Verbleib des Scheins und die betrügerische Schiebung des Gläubigers verlegt, zum mindesten erheb-

lich erschwert, und damit erfährt seine rechtliche Position möglicherweise trotz alles Anerkennens eine Verschlechterung. War nämlich mündlich vereinbart worden, es solle Abtretung der Forderung ausgeschlossen sein, so ist diese Einrede nach § 405 dem gutgläubigen Dritten gegenüber verloren gegangen. Zwar bleibt die weit wichtigere Einrede der Zahlung auch gegen den Dritten bestehen (§ 407), aber zwei Einreden sind besser denn eine, weil man die Beweismittel für die eine verlieren kann, trotzdem aber noch durch die andere gesichert bleibt. Hat z. B. der Schuldner sich auf bloßes Behaupten des Gläubigers hin, wie oben geschildert, zur Annahme eines Anerkenntnisses verstehen müssen, dann aber etwa bei einem Brande das Anerkenntnis verloren, so ist ihm der Beweis der Zahlungseinrede genommen, und er würde nunmehr die zweite, vielleicht durch Zeugen leicht erweisbare Einrede der Incessibilität mit Freuden begrüßen. Aber auch diese ist ihm genommen, weil er sich mit dem Anerkenntnis hatte begnügen müssen. Wäre ihm dagegen, der hier vertretenen Ansicht entsprechend, das Recht verliehen gewesen, vom Gläubiger erst den Beweis der Unmöglichkeit der Schuldscheinrückgabe zu erfordern, so hätte er Gelegenheit gehabt, dem wahren Sachverhalt auf die Spur zu kommen und sich gegen die möglichen Angriffe eines gutgläubigen Dritten in jeder Hinsicht, d. h. auch im Ausblick auf die verlorene zweite Einrede zu sichern, bis dahin aber den Ersatz durch ein Anerkenntnis als nicht voll ausreichend zurückzuweisen.

Es ist nach diesen Beispielen ein Interesse des Schuldners daran, daß der Gläubiger den Beweis seiner aufgestellten Behauptung in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Beweisverteilung erbringe, keineswegs zu leugnen, während uns der XII. Abschnitt bereits gezeigt hatte, daß auch nicht etwa durch eine übergroße Belastung des Gläubigers diesem Interesse des Schuldners die Wage gehalten wird. — Danach sind die Gegengründe der Protokolle nach beiden Richtungen hin entkräftet.

XIV. So gelangen wir endgültig (vergl. Abschnitt XI) zu der Feststellung, daß der Gläubiger, der behauptet, er sei zur Rückgabe des Scheins außer stande, mit dem Beweis dafür belastet wird. Der weitere Fortgang hängt vom Schuldner ab. Denn es ist in sein Belieben gestellt, ob er dem anderen die Last ersparen will oder nicht: glaubt er dem Gläubiger, so wird er das Anerkenntnis von vornherein als Ersatz hinnehmen und auf Beweis verzichten; traut er ihm nicht, so kann er den Behauptenden durch bloßes Bestreiten dazu zwingen, über die Schicksale des angeblich verschwundenen Schuldscheins befriedigende Aufklärung zu geben.

Wenn der Schuldner die erste Alternative wählt, so hat der Gläubiger die entstehenden Kosten zu tragen[26]). Gleichzeitig aber geht dem Schuldner mit der Hinnahme der Anerkenntnisurkunde das Recht auf Quittung verloren. Das ist selbstverständlich, denn in dem Mehr des Anerkenntnisses ist auch das Weniger der Quittung schon zu finden[27]). Andere, wichtigere Ansprüche bleiben dagegen dem Schuldner erhalten. Taucht nämlich in späterer Zeit der verloren geglaubte Schuldschein wieder auf, so belebt sich von neuem der alte Rückgabeanspruch. Die Annahme des Anerkenntnisses hat ihn nicht beseitigt, weder von Gesetzes wegen noch etwa, weil die Wahl der einen Urkunde die Verzichtserklärung für die andere enthielte[28]).

---

26) Im I. Entwurf (§ 271) war dies noch besonders ausgesprochen. Im II. Entwurf ließ man den Satz als selbstverständlich fort; vergl. Protokolle, I S. 342. Die Literatur ist übereinstimmend der gleichen Ansicht; vergl. Cosack, Crome, Müller-Meikel a. a. O.; Ebert in Fischer-Henle, Anm. 6.

27) Vergl. Protokolle, S. 341 a. E.; Cosack, Ebert, Oertmann, Anm. 3; Müller-Meikel.

28) Schollmeyer, Bem. 2, will dieses Recht nur dann geben, wenn der Gläubiger von dem Schuldschein noch Gebrauch macht. Es ist aber ein Grund für diese Beschränkung nicht einzusehen. An das nachträgliche Gebrauchen knüpft allein der im folgenden Text genannte Anspruch an.

Desgleichen bleibt dem Schuldner ungetrübt sein Schadensersatzanspruch, wenn nachträgliche Benutzung des Schuldscheins ihn schädigen sollte, so wie dies oben schon geschildert[29]).

Wenn der Schuldner die zweite Alternative wählt, also vom Gläubiger Aufklärung verlangt, kann sich die Sachlage verschieden gestalten.

Ergibt die Aufklärung, daß der Gläubiger die Wahrheit behauptet hat, so ist es keine Klageänderung, wenn nunmehr der Schuldner, der ursprünglich seinen Antrag auf Rückgabe des Schuldscheins gerichtet hat, statt dessen das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des Erlöschens verlangt[30]). Weigert der Beklagte sich, das Anerkenntnis abzugeben, so erfolgt Verurteilung, und hat das Urteil Rechtskraft erlangt, so gilt die verlangte Willenserklärung des Gläubigers als abgegeben (§ 894 C.P.O.). Die Urteilsausfertigung dient danach dem Schuldner im Verkehr in gleicher Weise wie ein freiwilliges Anerkenntnis als Ausweis, daß dem Gläubiger ein Anspruch gegen ihn nicht mehr zustehe[31]).

Ergibt die Aufklärung dagegen, daß der Gläubiger sehr wohl noch im Besitze des Scheins ist, verweigert er z. B. den ihm auferlegten richterlichen Eid (§ 464 Abs. II; § 477 C.P.O.), so wird er auf Herausgabe verurteilt. Kommt er dem Rückgabeverlangen trotz des Urteils immer noch nicht nach, so schreitet der Gerichtsvollzieher zur Zwangsvollstreckung. Ist

---

29) Ebenso Kipp a. a. O. Vergl. oben IX und XIII.

30) § 268 Ziff. 3 C.P.O.: „Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer . . Gegenstand gefordert wird.“ Auch später eintretende Kenntnis des Klägers von der Veränderung, d. h. von der Unmöglichkeit der Schuldscheinrückgabe, hat die gleichen Wirkungen. So R.G. Entsch., Bd. 26 Nr. 81 (S. 387).

31) Ebenso Kipp in der Windscheid-Ausgabe, Bd. 2 S. 407; Crome, System, Bd. 2 S. 241 Anm. 77.

auch diese fruchtlos, weil der Schein nicht vorgefunden wird, so steht der Gläubiger (in der Zwangsvollstreckung „Schuldner") erneut vor der Aufgabe, einen Schwur zu leisten, „daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde" (§ 883 C.P.O.), und weigert er auch diesen Offenbarungseid, so ist Gelegenheit gegeben, in 6 Monaten Haft seinen Trotz auf eine Probe zu stellen, der er schwerlich widerstehen wird (§§ 899, 901, 913 C.P.O.).

Es bleibt noch der dritte Fall, daß weder eine Aufklärung nach der einen, noch nach der anderen Seite erreicht wird, weil der Gläubiger sich einfach weigert, aufzuklären, also der ihm zugewiesenen Beweislast nachzukommen. Alsdann kann seine unbewiesene Behauptung keine Berücksichtigung finden: der Schuldner bleibt beim ersten Satz des § 371 stehen und weist das Anerkenntnis nach wie vor zurück; der Richter hat ihm darin beizutreten, und es folgt Urteil, schließlich Haft, ganz ebenso wie in dem zweiten Fall, zu dessen Tatbestand der Richter ohnedies schon oft gelangen wird, indem er aus der Weigerung des Gläubigers die Unwahrheit seiner Behauptung folgert.

Neben der Zwangsvollstreckung steht in allen drei Sachlagen dem Schuldner ein zweites Mittel zu, nicht so radikal wie die Abführung zur Haft oder das Urteil auf Anerkennung, aber andererseits nur dann noch möglich, wenn der Schuldner nicht bereits bezahlt hat, regelmäßig also, wenn er, selbst auf Zahlung verklagt, im Wege der Widerklage Rückgabe oder Anerkenntnis beansprucht. Schon oben nämlich war dargestellt, wie der Schuldner in solchem Falle berechtigt sei, bis zur Aushändigung des Scheins die eigene Leistung zurückzuhalten (S. 81); durch unbewiesenes Behaupten des anderen Teils wird ihm diese Befugnis keineswegs gekürzt; und schließlich steht ihm das gleiche, höchst wirksame Einbehaltungsrecht nicht minder zu, wenn an die Stelle des Anspruchs auf Schuldscheinrückgabe der Ersatzanspruch auf entsprechendes Anerkenntnis

getreten, vom Gläubiger aber diesem Ersatzanspruch nicht (Zug um Zug) Folge geleistet worden ist [82]).

XV. Es bleibt zum Schlusse noch die Frage, ob auch der zweite Satz des § 371 der gleichen persönlichen und sachlichen Ausdehnung fähig ist, wie sie im vorhergehenden für Satz 1 vertreten würde (vergl. IV. bis VII.). Anschluß an die dortigen Ausführungen ist notwendige Voraussetzung für eine Erweiterung des hier behandelten Rechts; wer schon den Hauptanspruch auf Rückgabe in enge Grenzen bannt, kann nicht den Surrogatanspruch auf Anerkenntnis die Grenzen überschreiten lassen.

Wohl aber ist ein umgekehrtes Verfahren denkbar: die weiten Grenzen des ersten Rechts werden als unmaßgeblich für das zweite betrachtet. Das wird das Richtige sein bei der Prüfung der persönlichen Tragweite auf der Passivseite. Denn es leitet der Surrogatanspruch auf öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis seine innere Berechtigung von dem obligatorischen Bande her, das nur zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpft war. Der Gläubiger hatte im Rahmen des Schuldverhältnisses eine Art von Gewährleistung für spätere Rückgabe des Schuldscheins übernommen; Ausfluß dieser Garantie ist die Pflicht zum Ersatz durch ein Anerkenntnis, wenn Rückgabe nicht möglich. Der Dritte ist in ein derartiges Gewährschaftsverhältnis zum Schuldner nicht getreten. Daher sind der Hotelwirt oder der aufbewahrende Freund zwar zur Auslieferung des tatsächlich in ihrem Gewahrsam ruhenden Scheins verpflichtet (oben S. 71 a. E.); haben sie aber den Schein nicht mehr, so ist jede Beziehung zwischen dem Schuldner und ihnen abgebrochen, nur durch die zufällige Tatsache des Besitzes waren sie in ein rechtliches Verhältnis

82) Ebenso Crome, a. a. O.; Schollmeyer, Bem. 2. — Vergl. auch A.L.R. I, 16 § 131.

zum Schuldner getreten. Anders liegt der Fall natürlich, sobald der Dritte nicht den Schein allein, sondern vor allem die zu Grunde liegende Forderung überkommen hat. Dann aber ist er, wie wir wiederholt schon sahen, gar nicht mehr ein „Dritter", und wenn wir mit dem Allgemeinen Landrecht in solchem Falle sagen: „es muß der Schuldner mit einem von diesem letzten Inhaber ausgestellten Mortifikationsschein sich begnügen" (I, 16 § 128), so ist dies nur eine Einzelanwendung der Regel: der Ersatzanspruch auf Anerkenntnis richtet sich nur gegen den jeweiligen Gläubiger, nicht aber gegen Dritte.

Auf der Aktivseite ergeben sich andere Zusammenhänge. Wenn hier das Recht auf Schuldscheinrückgabe einem Dritten an des Schuldners Stelle zusteht, so ist es nie, wie etwa auf der Passivseite das Besitzen, ein Zufall, der Gläubiger und Dritte in Beziehung zueinander gesetzt hat. Der Dritte kommt vielmehr allein als Zahler der Schuld in Betracht und ist als solcher in persönliche Berührung zum Gläubiger getreten, hat das obligatorische Band, an dem dieser den Schuldner hielt, um seine eigene Person geschlungen (vergl. VI S. 74). Es war bereits gezeigt, wie hierbei Schuldübernahme und sofortige Zahlung ineinander fließen. Wie darum der „Uebernehmer" zweifellos den Surrogatanspruch selbständig zur Geltung bringen kann, da er das Zwischenstadium als „Schuldner" durchlaufen hat, wird man nicht minder auch dem „Zahler" das gleiche Recht einräumen müssen. Der Gläubiger wird dadurch nicht beeinträchtigt, denn wenn der Zahler das Geld zunächst dem Schuldner in die Hände gibt, so kann dem Gläubiger sogar die fällige Zahlung bis zur Gewährung eines Anerkenntnisses verweigert werden. Zu solchem Umweg die Parteien zwingen, das würde wenig praktischen Sinn beweisen.

Im inneren Verhältnis zwischen dem alten Schuldner und dem neuen Schuldner (oder Zahler) kann freilich eine Pflicht

getreten, vom Gläubiger aber diesem Ersatzanspruch nicht (Zug um Zug) Folge geleistet worden ist[32]).

XV. Es bleibt zum Schlusse noch die Frage, ob auch der zweite Satz des § 371 der gleichen persönlichen und sachlichen Ausdehnung fähig ist, wie sie im vorhergehenden für Satz 1 vertreten würde (vergl. IV. bis VII.). Anschluß an die dortigen Ausführungen ist notwendige Voraussetzung für eine Erweiterung des hier behandelten Rechts; wer schon den Hauptanspruch auf Rückgabe in enge Grenzen bannt, kann nicht den Surrogatanspruch auf Anerkenntnis die Grenzen überschreiten lassen.

Wohl aber ist ein umgekehrtes Verfahren denkbar: die weiten Grenzen des ersten Rechts werden als unmaßgeblich für das zweite betrachtet. Das wird das Richtige sein bei der Prüfung der persönlichen Tragweite auf der Passivseite. Denn es leitet der Surrogatanspruch auf öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis seine innere Berechtigung von dem obligatorischen Bande her, das nur zwischen Gläubiger und Schuldner geknüpft war. Der Gläubiger hatte im Rahmen des Schuldverhältnisses eine Art von Gewährleistung für spätere Rückgabe des Schuldscheins übernommen; Ausfluß dieser Garantie ist die Pflicht zum Ersatz durch ein Anerkenntnis, wenn Rückgabe nicht möglich. Der Dritte ist in ein derartiges Gewährschaftsverhältnis zum Schuldner nicht getreten. Daher sind der Hotelwirt oder der aufbewahrende Freund zwar zur Auslieferung des tatsächlich in ihrem Gewahrsam ruhenden Scheins verpflichtet (oben S. 71 a. E.); haben sie aber den Schein nicht mehr, so ist jede Beziehung zwischen dem Schuldner und ihnen abgebrochen, nur durch die zufällige Tatsache des Besitzes waren sie in ein rechtliches Verhältnis

32) Ebenso Crome, a. a. O.; Schollmeyer, Bem. 2. — Vergl. auch A.L.R. I, 16 § 131.

zum Schuldner getreten. Anders liegt der Fall natürlich, sobald der Dritte nicht den Schein allein, sondern vor allem die zu Grunde liegende Forderung überkommen hat. Dann aber ist er, wie wir wiederholt schon sahen, gar nicht mehr ein „Dritter", und wenn wir mit dem Allgemeinen Landrecht in solchem Falle sagen: „es muß der Schuldner mit einem von diesem letzten Inhaber ausgestellten Mortifikationsschein sich begnügen" (I, 16 § 128), so ist dies nur eine Einzelanwendung der Regel: der Ersatzanspruch auf Anerkenntnis richtet sich nur gegen den jeweiligen Gläubiger, nicht aber gegen Dritte.

Auf der Aktivseite ergeben sich andere Zusammenhänge. Wenn hier das Recht auf Schuldscheinrückgabe einem Dritten an des Schuldners Stelle zusteht, so ist es nie, wie etwa auf der Passivseite das Besitzen, ein Zufall, der Gläubiger und Dritte in Beziehung zueinander gesetzt hat. Der Dritte kommt vielmehr allein als Zahler der Schuld in Betracht und ist als solcher in persönliche Berührung zum Gläubiger getreten, hat das obligatorische Band, an dem dieser den Schuldner hielt, um seine eigene Person geschlungen (vergl. VI S. 74). Es war bereits gezeigt, wie hierbei Schuldübernahme und sofortige Zahlung ineinander fließen. Wie darum der „Uebernehmer" zweifellos den Surrogatanspruch selbständig zur Geltung bringen kann, da er das Zwischenstadium als „Schuldner" durchlaufen hat, wird man nicht minder auch dem „Zahler" das gleiche Recht einräumen müssen. Der Gläubiger wird dadurch nicht beeinträchtigt, denn wenn der Zahler das Geld zunächst dem Schuldner in die Hände gibt, so kann dem Gläubiger sogar die fällige Zahlung bis zur Gewährung eines Anerkenntnisses verweigert werden. Zu solchem Umweg die Parteien zwingen, das würde wenig praktischen Sinn beweisen.

Im inneren Verhältnis zwischen dem alten Schuldner und dem neuen Schuldner (oder Zahler) kann freilich eine Pflicht

des letzteren bestehen, das Anerkenntnis an den ersteren weiterzugeben, wie Gleiches auch für den vom Gläubiger ausgehändigten Schuldschein oder für eine Quittung bestimmt sein kann; die Regeln vom Auftrag oder der negotiorum gestio werden meist darüber entscheiden. Und schließlich ist auch denkbar, daß mit der Zahlung die Vereinbarung Hand in Hand geht, der Gläubiger solle das Anerkenntnis unmittelbar dem (früheren) Schuldner, nicht dem Zahler zustellen; das würde dann den Sätzen vom Versprechen der Leistung an einen Dritten unterworfen sein. Sonst aber ist der Surrogatanspruch in gleicher Weise wie der Erstanspruch dem zahlenden Dritten statt des Schuldners zuzusprechen.

Die sachliche Tragweite des Ergänzungsanspruchs wird ebenfalls mit der des Hauptanspruchs zu identifizieren sein. Denn der Zweck des Anerkenntnisses ist, eine Lücke auszufüllen und den Schuldner vor Gefahren, soweit wie möglich, zu schützen. Beides ist bei den Erfüllungssurrogaten nicht weniger gegeben als bei der Erfüllung selbst. Es trifft aber auch beim Erlaß und Vergleich zu. Beim Vergleich insbesondere ist Streit oder Ungewißheit vorausgegangen, und das Interesse darum um so größer, erneuten Zweifeln, die sich beim Wiederauftauchen des Schuldscheins rühren könnten, durch ein Anerkenntnis die Spitze zu nehmen. Dasselbe Interesse besonderer Sicherung spielt ferner mit, wenn das Schuldverhältnis durch Anfechtung aufgehoben worden ist und der Gläubiger behauptet, der Schuldschein wäre verloren. Zuletzt muß auch der Fall gleich behandelt werden, in dem der Schein bereits hingegeben war, später aber Valutazahlung und damit die Konstituierung des beabsichtigten Schuldverhältnisses ausblieb [33].

33) Es ist selbstverständlich, daß der Text der Anerkenntnisurkunde dabei stets dem besonderen Falle angepaßt werden, insbesondere bei der letzten Sachlage nicht auf Erlöschen, sondern darauf gerichtet werden muß, daß das Schuldverhältnis nicht zur Entstehung gelangt sei.

XVI. Diese Ergebnisse werden in der Praxis nicht befremden. Einmal nämlich wird sich der gleiche Erfolg der Erzwingung eines Anerkenntnisses so wie so schon meist auf anderem Wege erreichen lassen, nämlich durch Ausnutzung der negativen Feststellungsklage. Freilich sind deren Voraussetzungen strenge (§ 256 C.P.O.), und auch die Wirkungen können im Kostenpunkte andere sein (§ 93 C.P.O.). Aber das „rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung" wird vielfach schon durch die verdächtige Weigerung des Gläubigers, über den Verbleib des Schuldscheins Auskunft zu erteilen, begründet erscheinen, und der gleiche Gesichtspunkt wird auch zu dem Nachweis dienen, daß der Beklagte „durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat". Und selbst wenn auch nur in seltenen Fällen die Voraussetzungen des § 256 als gegeben angenommen werden sollten, so nimmt doch schon die Existenz solcher Einzelbeispiele dem Gedanken einer Ausdehnung der verwandten Klage des § 371 über den Rahmen der Erfüllung hinaus alles Befremdliche.

Dazu kommt, daß die Praxis es in der Hand hat, jedem Mißbrauch Riegel vorzuschieben. Die Heranziehung der Schutzvorschriften gegen schikanöse Rechtsausübung, von Dernburg allzusehr in den Vordergrund geschoben (oben S. 86), wird gerade dann besonders fruchtbar sein, wenn nicht der Grundfall der Erfüllung, sondern etwa ein Erlaß in Frage steht. In diesem Falle hat außerdem der Schuldner bei ganz besonders hochgetriebener Schikane, die etwa durch Verdächtigungen an die Ehre des Schenkers rührt, auch Widerruf des Erlasses wegen groben Undanks zu gewärtigen (§ 530). Oft wird auch ein Verzicht des Schuldners auf die Surrogatberechtigung zu unterstellen sein, vor allem dann, wenn er schon bei der Zahlung wußte, daß der Gläubiger zur Schuldscheinrückgabe nicht im stande sei, trotzdem aber ohne Vorbehalt

zur Begleichung der Schuld geschritten ist; und wenn es sich um den letzten Fall handelt, daß das Schuldverhältnis gar nicht zur Entstehung gelangt ist, so kann der „Schuldner" nicht ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis darüber verlangen, nachdem der Gläubiger vor seinen Augen und mit seinem Willen den Schuldschein der Vernichtung preisgegeben hat.

Das sind Momente, durch welche in der Praxis einem Mißbrauch der Ansprüche auf Schuldscheinrückgabe und auf Anerkenntnis ausreichend vorgebeugt werden kann. Nichtsdestoweniger wird zugegeben, daß dieser Aufsatz eine ganz bedeutende Erweiterung der Klagen aus § 371 B.G.B. anstrebt und dabei sich über die Schranken des Wortlauts erheblich hinwegsetzt. Gerechtfertigt erscheint diese Bestrebung durch die praktischen Bedürfnisse. Die übrige Literatur tat bereits einen Schritt über die Lehren der Entstehungsgeschichte unseres Paragraphen und über seine äußere Einstellung in den Titel der Erfüllung hinaus. Damit war der Bann gebrochen und das Interesse des Schuldners ein Stück mehr in den Vordergrund geschoben. Auf diesem Wege mußte man noch weiter gelangen. Mehr und mehr rüstet sich der Rechtsverkehr der Geschäftsleute wie der Privaten, geordnetes Buch- und Briefschaftswesen jedem Teile zur Pflicht zu machen. Wer einen Schuldschein nimmt, der mag ihn sicher bergen. Tut er dies nicht, verlegt er das Papier oder läßt es gar achtlos in fremde Hände gelangen, so treffen ihn die Folgen. Ihm umgekehrt in solchen Fällen besonderen Schutz zu geben, wie die Protokolle wünschen, ist gegenüber der fortschreitenden Ausbildung des Verkehrs ein Stückchen Rückständigkeit.

III.

Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im dentschen bürgerlichen Recht.

Von Dr. P. J. Kravantinos, Rechtsanwalt in Athen.

§. 1. Einleitung.

Die vorliegende Abhandlung stellt sich zur Aufgabe zu untersuchen, ob die Rechtssätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung im deutschen bürgerlichen Recht auf die Besitzübertragung Anwendung finden. Wiewohl verschiedene praktische Fragen, welche in das Gebiet dieser Frage fallen, in den Kommentaren des B.G.B. und sonstigen Lehrbüchern und Aufsätzen über Besitzrecht berücksichtigt und mehr oder minder folgerichtig beantwortet worden sind, ist doch die oben gegebene Kardinalfrage in dieser allgemeinen Fassung bis jetzt unberücksichtigt geblieben. Man hat früher, vor der Einführung des B.G.B., mit besonderer Vorliebe sich mit einer anderen Frage beschäftigt, welche auch die der Anfechtbarkeit der Besitzübertragung mitbetraf, und man wies darauf hin, daß die Möglichkeit der Anfechtbarkeit der Besitzübertragung von der Annahme der Möglichkeit der Besitzsuccession abhänge. Diese wieder sei bedingt durch die Auffassung vom Begriff des Besitzes [1]).

1) Hierher gehört der verdienstvolle Aufsatz „Succession in den Besitz" (1885) von Strohal, dessen Grundgedanken auf S. 30 und 154 zu lesen sind. Auch nach der Einführung des B.G.B. beschäftigte man sich

Eine Beurteilung der hierüber geäußerten Meinungen soll unterbleiben, da sie über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinausgehen würde. Hier sei nur gestattet zu sagen, daß die uns beschäftigende Frage nach der Anwendbarkeit der Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung auf die Besitzübertragung keinesfalls von der Annahme der Möglichkeit einer Succession in den Besitz, wir meinen den Besitz als das possessorisch geschützte Verhältnis der Person zur Sache, abhängt. Denn weder kann man, wenn man auch die Idee (oder den Ausdruck) einer Succession in den Besitz verwirft, leugnen, daß dennoch eine Möglichkeit existieren kann, gewisse Grundsätze der Sondernachfolge, welche für die Uebertragung von Rechten gelten, auch auf die Besitzübertragung anzuwenden, wie dies mit Recht von Piniński hervorhebt, noch sieht man, falls man die Succession in den Besitz annimmt, wie dies für das heutige Recht fast übereinstimmend geschieht, sich genötigt, alle die für die Uebertragung von Rechten geltenden Grundsätze als auch auf diesen Fall anwendbar anzuerkennen [2]).

mit der Frage der Succession in den Besitz; aus der Literatur sind hervorzuheben Lehmann (bei Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl. Bd. 2) § 21. 4, welcher bei der Singularbesitznachfolge nicht von wirklich derivativem Erwerb geredet wissen will, da der böse Glaube des Vormanns dem Singularsuccessor nicht, wie dem Erben, zur Last fällt; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, welcher in § 36 die Frage der Succession in den Besitz, wegen ihrer Bedeutung für die Rechtskrafterstreckung, einer eingehenden Prüfung unterwirft. Weitere Literatur wird unten bei der eigentlichen Besprechung angegeben werden.

[2]) Graf von Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes, Bd. 2 (1888), S. 5 unterscheidet zwei vollständig verschiedene Fragen. 1) Soll von einer Succession in den Besitz gesprochen werden in jenen Fällen, wo beim Uebergehen des Besitzes von einem Subjekte an ein anderes ein ähnlicher Akt stattfindet wie bei der sog. Uebertragung von Rechten? 2) Gibt es unter den Fällen des Ueberganges des Besitzes von einem Subjekte auf ein anderes solche, bei denen der Erwerb des Besitzes von ähnlichen Voraussetzungen abhängig ist, wie der derivative Erwerb von

Worin der entscheidende Grund für eine solche Anerkennung liegt, und innerhalb welcher Grenzen sie durchzuführen ist, bildet den Gegenstand dieser Abhandlung.

Zur gehörigen Lösung der uns beschäftigenden Frage ist es notwendig, einige Grundbegriffe und Grundgedanken festzustellen, mit denen wir später häufig zu operieren haben werden, damit wir in klarem Verständnis von ihnen die eigentlichen Einzelfragen beantworten können. Es handelt sich hier vor allem um die Begriffe: Besitz, Besitzaufgabe, Besitzübertragung, Rechtsgeschäft, Rechtshandlung, Anfechtbarkeit und Anfechtung.

Grundlegung.
Grundbegriffe und Grundgedanken.

§ 2. Besitz[3]).

Eine Begriffsbestimmung des Besitzes selbst zu geben, hat das B.G.B. vermieden, indem es der Wissenschaft überläßt,

Rechten nämlich: von der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Gebers, von dem Vorhandensein einer rechtsgültigen Willenserklärung auf seiner Seite, vom wirklichen Konsense der Parteien ꝛc.? (Die Erörterungen über die erste Frage befinden sich auf S. 7 ff.; die über die zweite auf S. 17 ff.; und die Schlußergebnisse auf S. 61 ff.). Vorgreifend bemerkt er hierzu ganz zutreffend: „Unbedingt abhängig sind jene Fragen voneinander nicht. Denn selbst wenn es Fälle gäbe, in welchen der Erwerb des Besitzes von ähnlichen Voraussetzungen abhängen würde, wie die Uebertragung von Rechten, so könnte dennoch der neu erworbene Besitz ein „neuer“ genannt werden. Andererseits aber, auch wenn es fest stünde, daß zum Erwerbe des bloßen Besitzes das Vorhandensein jener Momente, welche bei der Uebertragung von Rechten eintreffen, nie erforderlich wären, so könnte man doch, wenn es mit Rücksicht auf die sonstigen Folgen des Besitzes rechtlich nicht indifferent wäre, ob man den Besitz einseitig ergreift oder ihn als einen verliehenen bekommt mit dem Namen einer Nachfolge in den Besitz jene Besitzerwerbsfälle bezeichnen, wo man den Besitz in einer den Fällen der Succession in Rechte analogen Weise erhält.“ Weitere auf das B.G.B. sich beziehende und diesen Punkt berücksichtigende Literatur wird unten angegeben werden.

3) Literaturangaben über das römische Besitzrecht bei Windscheid,

eine Definition nach den im Gesetze gegebenen Anhaltspunkten aufzustellen. Solcher Anhaltspunkte gibt es mehrere im B.G.B.; allein es kann nach den im B.G.B. enthaltenen Rechtssätzen kein allgemeiner Begriff „Besitz" festgestellt werden. Vielmehr empfiehlt es sich, eine Unterscheidung vorzunehmen; denn unter Besitz versteht man ein doppeltes: a) gewisse Rechtswirkungen, b) den Tatbestand, an welchen diese Rechtswirkungen geknüpft werden, und zwar wird, wo von Besitz die Rede ist, fast immer an denselben Tatbestand gedacht; jedoch nicht auch an dieselben Rechtswirkungen. Die Rechtswirkungen sind vielmehr verschieden[4]).

Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. von Kipp, Bd. 1 § 148 unter *. Man vergl. noch Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre im 1. Bande seiner „Vermischten Schriften" (1901), S. 40 ff. Ueber das diesbezügliche Recht des B.G.B. vergl. man Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. (in Jherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 38, 1898); Kniep, Der Besitz des B.G.B. (1900); Planck, B.G.B., 3. Aufl. (1904), Bd. 3 S. 26 ff.; Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B., 2. Aufl. S. 3 ff.; Kipp in der 8. Aufl. des Windscheidschen Lehrbuchs, Bd. 1 S. 689 ff.; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Bd. 2 S. 60 ff.; Lehmann, a. a. O. §§ 19 ff.; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 7. Aufl., Bd. 2 S. 95 ff.; Kober (Sachenrecht, erschienen in Staudingers Kommentar zum B.G.B., Bd. 3) S. 4 ff.; Cretschmar, Das bürgerliche Recht, Bd. 1 S. 280 ff; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Bd. 2 S. 4 ff.; bei Matthiaß auch weitere Literaturangaben.

4) Diese Auseinanderhaltung von Rechtswirkung und Besitztatbestand ist empfehlenswert, nicht nur, weil im gesetzlichen Sprachgebrauch, wie jetzt die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller anerkennt (am trefflichsten Kipp, a. a. O. S. 696 Ziff. 3; für den römischrechtlichen Ausdruck vergl. Strohal, Succession ꝛc., S. 36 ff.), unter Besitz sowohl die Tatsache, als auch der Inbegriff der Rechtsfolgen zu verstehen ist, sondern auch, weil diese Auseinanderhaltung wissenschaftlich richtig und sogar notwendig ist. Wenn man nämlich annimmt, daß die Rechtswirkung in dem aus zwei Prämissen (Tatbestand und Satz des objektiven Rechts) zu folgernden Urteil besteht (vergl. darüber Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte — erschienen im 5. Heft der „Studien zur Erläute-

Der Besitztatbestand und, noch genauer gesprochen, die materielle oder körperliche Seite des Besitzverhältnisses (wo eine solche vorausgesetzt wird) ergibt sich aus den §§ 854, 856 B.G.B. und ist als die tatsächliche Gewalt über die Sache zu definieren [5]).

---

rung des bürgerlichen Rechts", von R. Leonhard — S. 9), erkennt man gleich den zwischen der Rechtswirkung und ihrer tatsächlichen Ursache bestehenden Unterschied und man wird schwer diese beiden Momente miteinander verwechseln. Dadurch vermeidet man aber folgende irrige Ansichten: 1) die Ansicht Savignys, daß für den Eintritt der Besitzrechtswirkungen überall dieselbe Beschaffenheit der tatsächlichen Ursache erforderlich oder auch nur genügend sei; 2) die Ansicht, daß aus der Tatsache, daß die Rechtswirkungen gegeben sind oder gegeben sein müssen, die unbedingte Existenz derselben tatsächlichen Ursache zu schließen sei, welches wiederum zu weiteren unzulänglichen Schlüssen führen würde. Ein Beispiel solcher Irreführung liegt in der Weidemannschen Arbeit vor, „Der mittelbare Besitz des B.G.B." (Berliner Dissertation, 1902), worin S. 19 Anm. 17 anerkannt wird, daß der Erwerb des mittelbaren Besitzes kein Rechtsgeschäft ist, mit Hinweis darauf, daß auch der Erwerb des unmittelbaren Besitzes kein Rechtsgeschäft ist. Dagegen wäre zu bemerken, daß, wenn auch der mittelbare Besitz tatsächliche Gewalt wäre, dennoch die an ihr Entstehen gestellten Anforderungen keinen Einfluß auf den Begriff der tatsächlichen Gewalt ausüben würden (vergl. Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 854). Es kommt noch hinzu, daß, wenn man auch für das Entstehen des mittelbaren Besitzes ein vermeintliches Rechtsgeschäft als genügend ansehen wollte, dies weit davon entfernt wäre, ein Nichtrechtsgeschäft, eine bloße Rechtshandlung zu bedeuten, da auch sonst Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Handlung den rechtsgeschäftlichen Charakter nicht nehmen, anders ausgedrückt, da sie diese Handlungen nicht der nach anderen rechtsgeschäftlichen Richtungen gehenden Prüfung unfähig machen. Vergl. darüber Kipp, a. a. O. S. 269 f.

5) Nicht immer ist bei den Besitzverhältnissen eine körperliche Seite vorhanden. Man denke an den Erbbesitz (§ 857 B.G.B.). — Goldschmidt, a. a. O. S. 163 „das Besitzkorpus ist nichts als tatsächliche Gewalt". Vergl. auch die treffliche Ausführung desselben ebenda S. 77 f., der sich Biermann anschließt. Auch Definitionen des Besitzes überhaupt lauten dahin. Vergl. z. B. Biermann, a. a. O. S. 3. „Besitz im Sinne des B.G.B. ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache, sofern sie nicht für einen anderen in Gemäßheit des § 855 ausgeübt wird. Besitz ist ferner auch der mittelbare Besitz (§ 868). Eine Sonderstellung nimmt

eine Definition nach den im Gesetze gegebenen Anhaltspunkten aufzustellen. Solcher Anhaltspunkte gibt es mehrere im B.G.B.; allein es kann nach den im B.G.B. enthaltenen Rechtssätzen kein allgemeiner Begriff „Besitz" festgestellt werden. Vielmehr empfiehlt es sich, eine Unterscheidung vorzunehmen; denn unter Besitz versteht man ein doppeltes: a) gewisse Rechtswirkungen, b) den Tatbestand, an welchen diese Rechtswirkungen geknüpft werden, und zwar wird, wo von Besitz die Rede ist, fast immer an denselben Tatbestand gedacht; jedoch nicht auch an dieselben Rechtswirkungen. Die Rechtswirkungen sind vielmehr verschieden[4]).

Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. von Kipp, Bd. 1 § 148 unter *. Man vergl. noch Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre im 1. Bande seiner „Vermischten Schriften" (1901), S. 40 ff. Ueber das diesbezügliche Recht des B.G.B. vergl. man Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. (in Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 38, 1898); Kniep, Der Besitz des B.G.B. (1900); Planck, B.G.B., 3. Aufl. (1904), Bd. 3 S. 26 ff.; Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B., 2. Aufl. S. 3 ff.; Kipp in der 8. Aufl. des Windscheidschen Lehrbuchs, Bd. 1 S. 689 ff.; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Bd. 2 S. 60 ff.; Lehmann, a. a. O. §§ 19 ff.; Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 7. Aufl., Bd. 2 S. 95 ff.; Kober (Sachenrecht, erschienen in Staudingers Kommentar zum B.G.B., Bd. 3) S. 4 ff.; Cretschmar, Das bürgerliche Recht, Bd. 1 S. 280 ff; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Bd. 2 S. 4 ff.; bei Matthiaß auch weitere Literaturangaben.

4) Diese Auseinanderhaltung von Rechtswirkung und Besitztatbestand ist empfehlenswert, nicht nur, weil im gesetzlichen Sprachgebrauch, wie jetzt die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller anerkennt (am trefflichsten Kipp, a. a. O. S. 696 Ziff. 3; für den römischrechtlichen Ausdruck vergl. Strohal, Succession 2c., S. 36 ff.), unter Besitz sowohl die Tatsache, als auch der Inbegriff der Rechtsfolgen zu verstehen ist, sondern auch, weil diese Auseinanderhaltung wissenschaftlich richtig und sogar notwendig ist. Wenn man nämlich annimmt, daß die Rechtswirkung in dem aus zwei Prämissen (Tatbestand und Satz des objektiven Rechts) zu folgernden Urteil besteht (vergl. darüber Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte — erschienen im 5. Heft der „Studien zur Erläute-

Der Besitztatbestand und, noch genauer gesprochen, die materielle oder körperliche Seite des Besitzverhältnisses (wo eine solche vorausgesetzt wird) ergibt sich aus den §§ 854, 856 B.G.B. und ist als die tatsächliche Gewalt über die Sache zu definieren [5]).

rung des bürgerlichen Rechts", von R. Leonhard — S. 9), erkennt man gleich den zwischen der Rechtswirkung und ihrer tatsächlichen Ursache bestehenden Unterschied und man wird schwer diese beiden Momente miteinander verwechseln. Dadurch vermeidet man aber folgende irrige Ansichten: 1) die Ansicht Savignys, daß für den Eintritt der Besitzrechtswirkungen überall dieselbe Beschaffenheit der tatsächlichen Ursache erforderlich oder auch nur genügend sei; 2) die Ansicht, daß aus der Tatsache, daß die Rechtswirkungen gegeben sind oder gegeben sein müssen, die unbedingte Existenz derselben tatsächlichen Ursache zu schließen sei, welches wiederum zu weiteren unzulänglichen Schlüssen führen würde. Ein Beispiel solcher Irreführung liegt in der Weidemannschen Arbeit vor, „Der mittelbare Besitz des B.G.B." (Berliner Dissertation, 1902), worin S. 19 Anm. 17 anerkannt wird, daß der Erwerb des mittelbaren Besitzes kein Rechtsgeschäft ist, mit Hinweis darauf, daß auch der Erwerb des unmittelbaren Besitzes kein Rechtsgeschäft ist. Dagegen wäre zu bemerken, daß, wenn auch der mittelbare Besitz tatsächliche Gewalt wäre, dennoch die an ihr Entstehen gestellten Anforderungen keinen Einfluß auf den Begriff der tatsächlichen Gewalt ausüben würden (vergl. Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 854). Es kommt noch hinzu, daß, wenn man auch für das Entstehen des mittelbaren Besitzes ein vermeintliches Rechtsgeschäft als genügend ansehen wollte, dies weit davon entfernt wäre, ein Nichtrechtsgeschäft, eine bloße Rechtshandlung zu bedeuten, da auch sonst Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Handlung den rechtsgeschäftlichen Charakter nicht nehmen, anders ausgedrückt, da sie diese Handlungen nicht der nach anderen rechtsgeschäftlichen Richtungen gehenden Prüfung unfähig machen. Vergl. darüber Kipp, a. a. O. S. 269 f.

5) Nicht immer ist bei den Besitzverhältnissen eine körperliche Seite vorhanden. Man denke an den Erbbesitz (§ 857 B.G.B.). — Goldschmidt, a. a. O. S. 163 „das Besitzkorpus ist nichts als tatsächliche Gewalt". Vergl. auch die treffliche Ausführung desselben ebenda S. 77 f., der sich Biermann anschließt. Auch Definitionen des Besitzes überhaupt lauten dahin. Vergl. z. B. Biermann, a. a. O. S. 3. „Besitz im Sinne des B.G.B. ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache, sofern sie nicht für einen anderen in Gemäßheit des § 855 ausgeübt wird. Besitz ist ferner auch der mittelbare Besitz (§ 868). Eine Sonderstellung nimmt

Die Rechtswirkungen des Besitzes, welche in Berechtigungen und Verpflichtungen zerfallen, sind von mannigfacher Art und

---

der § 857 ein." Kniep, a. a. O. S. 4 will die tatsächliche Gewalt im Besitze nicht allzu stark betont wissen und setzt an ihre Stelle das körperliche Verhältnis zwischen Mensch und Sache. Diese Meinung aber wird nicht gerecht der sozialen Auffassung des Begriffes der Gewalt. Vergl. auch Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 854. Es sei hier vorausgeschickt, daß für die Lösung unserer speziellen Frage, die andere allgemeine Frage, welche Rechtsnatur wir dem Besitz in abstracto beizulegen haben, gleichgültig ist. Für uns ist es genügend, daß die Ansicht, der Besitz sei eine bloße Tatsache, ein bereits überwundener Standpunkt ist, und daß die Ansicht, die auch aus dem Sprachgebrauch des B.G.B. folgt, durchgedrungen ist, der Besitz sei eine Rechtsstellung, Rechtsposition. Ob diese Rechtsstellung ein subjektives Rechtsverhältnis darstellt, aus welchen Gründen dies so aufzufassen ist, und welcher Art es ist, bleibe dahingestellt. Man vergleiche über die verschiedenen Ansichten Strohal, Der Sachbesitz ꝛc., S. 65 f., welcher die Zusammenschließung der an den Besitztatbestand sich knüpfenden Rechtsfolgen zu einem einheitlichen subjektiven Rechte vermieden wissen will; Kipp, a. a. O. S. 696 Ziff. 3; Kober, a. a. O. S. 6 VII; Endemann, a. a. O. § 25 S. 99, welcher übrigens die praktische Bedeutung dieser Frage gering schätzt; Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre (in den Beiträgen zur Auslegung des B.G.B. von Bernhöft und Binder 1. Heft) S. 15 f., welcher mit Recht das aus dem Wortlaut des § 854 I entspringende Argument betont (analog wie es für das römische Recht bereits Strohal, Succession in den Besitz S. 42 getan hat. Vergl. auch meine „Συμβολὴ ἱστορικὴ εἰς τὴν ἑρμηνείαν τοῦ θεσμοῦ τῆς ταχτικῆς ἀπροσπορίστου περιουσίας τῶν ὑπεξουσίων" in der „Νομικὴ Ἐπιθεώρησις", 2. Jahrgang, auch separat ausgegeben, Athen 1902, § 12 Anm. 121) und sich mit Hinweis auf C.P.O. § 256 eher der Endemannschen Anschauung anschließt (vergl. seine Andeutungen ebenda S. 18 a. E.); Hellwig, a. a. O. § 50 S. 348 II und Anm. 7, der von einem Besitzrecht spricht; schließlich Planck, a. a. O. S. 2, welcher der Charakterisierung geneigt ist: Besitz sei ein tatsächliches Verhältnis der Person zur Sache; Besitz sei die tatsächliche Gewalt und nicht die an das Bestehen derselben sich knüpfende Rechtsfolge. Ueber den Besitz als Rechtsposition, einen Begriff, der bei Planck öfter wiederkehrt, vergl. die Ausführungen bei Hellwig, a. a. O. § 36 S. 247 ff.; vergl. neuerdings die Ausführungen Plancks in Hinsicht auf den § 221 B.G.B. in der 3. Auflage seines Kommentars, Bd. 1 S. 364 f. Gemeinrechtliche Literatur bei Windscheid, a. a. O. § 150 Anm. 1.

lassen sich erst nach den verschiedenen Zwecken und Zielen, die der Gesetzgeber bei der Abfassung der betreffenden Rechtssätze verfolgte, in Gruppen zusammenfassen. Wir heben zwei Gruppen hervor:

I. Rechtswirkungen im Gebiete des possessorischen Schutzes.

II. Rechtswirkungen im Gebiete des Erwerbes von dinglichen Rechten.

Demgemäß werden unsere zunächst folgenden Erörterungen I. auf den Besitz als das possessorisch geschützte Verhältnis, II. auf den Besitz als die Grundlage zur Erlangung von dinglichen Rechten sich beziehen [6]).

I. Für die Anwendung der Rechtssätze über den possessorischen Schutz kommen folgende Momente in Betracht: Person, Sache [7]), Herrschaft der Person über die Sache, und zwar tatsächliche Herrschaft.

Als tatsächliche Herrschaft ist die Herrschaft eine äußerliche, die nicht rechtsbegründet zu sein braucht [8]).

---

6) Ueber die Rechtswirkungen des Besitzes im allgemeinen vergl. man die in ihrer Kürze ausgezeichnete Darstellung bei Gierke, „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B.G.B.", 1897 (erschienen in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, Bd. 1 S. 477 ff.) S. 9 ff.; Strohal, Der Sachbesitz 2c., § 5; ferner Planck, a. a. O. S. 29 Ziff. 6; Matthiaß, a. a. O. § 5, und in Zusammenhang mit der Rechtskrafterstreckung Hellwig, a. a. O §§ 48 ff. Wir haben obige Gruppen hervorgehoben, weil sie sich am meisten zu dem Zweck der folgenden Erörterungen eignen. Von anderen Wirkungen wird später die Rede sein im Zusammenhang mit der eigentlichen Beantwortung unserer Frage.

7) Vergl. darüber Planck, a. a. O. S. 29 Ziff. 5 und Anm. 4 zu § 854; Biermann, a. a. O. Anm. 2 zu § 854.

8) Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 854: Tatsächliche Gewalt bezeichnet zunächst den Gegensatz zu einer rechtlichen, d. h. von der Rechtsordnung verliehenen Gewalt, wie solche z. B. der § 903 dem Eigentümer gewährt. Die zum Besitz erforderliche Gewalt ist eine Erscheinung des Gemeinschaftslebens, welche die Rechtsordnung als gegeben vorfindet.

Als Herrschaft involviert sie „das für das Wesen des Besitzes kennzeichnende Moment, daß der Besitzer im stande sei, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen“[9]).

Der Besitz ist ein sozialer Begriff, oder anders gesagt: er enthält ein sog. soziales Element[10]).

---

9) Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des B.G.B., Bd. 3 S. 29; vergl. Planck, a. a. O. S. 26 Ziff. 1. Die gemeinrechtliche Literatur für die Begriffsbestimmung der tatsächlichen Gewalt ist bei Windscheid, a. a. O. § 158 Anm. 8 angegeben. Hier sei noch hervorgehoben, daß die Frage, ob zum Besitz ein irgendwie gearteter Besitzwille erforderlich sei, auf diese Erörterungen keinen Einfluß ausübt. Unsere Ansichten darüber werden sich aus den weiteren Ausführungen ergeben. Ueber diese Frage vergl. Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 854; Biermann, a. a. O. Anm. 5 zu § 854; Kipp, S. 691 e, 692 f; Lehmann, a. a. O. § 20 Ziff. 3; Kober, a. a. O. S. 5, 7 I 2; Strohal, Der Sachbesitz 2c., § 7; Kniep, a. a. O. § 15, welcher mit Unrecht zu dem Zwecke der Anerkennung des Besitzes bei einem Willensunfähigen nach der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzverschaffungs- resp. Besitzergreifungsaktes unterscheidet (S. 95, vergl. auch S. 102 a. E.); Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Bd. 1 S. 210 ff., welcher zwischen Ergreifung und Aufgebung des Besitzes einerseits und Erlangung und Verlust der tatsächlichen Gewalt andererseits unterscheidet und nur für die Wirksamkeit der ersteren das Moment des Willens in gewissen Fällen als mitspielend erachtet; Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen (Bonner Dissert., 1901). Der in dieser letzten Arbeit vertretene Grundgedanke ist folgender (vergl. S. 52): Es muß eine justa causa für den Besitzerwerb ohne Besitzwillen da sein. Diese justa causa scheint aber darin zu bestehen, daß das corpus von der Zuwendungsabsicht eines anderen oder des Gesetzes getragen wird. Diese Zuwendungsabsicht bildet gewissermaßen das Surrogat des dem Erwerber selbst fehlenden Willens. In seinen weiteren Ausführungen (S. 68—70) verwechselt Raape die Frage der Existenz des Besitzes mit der seiner causa und nimmt an, daß jene durch diese bedingt ist. Gegen Raape auch Planck ebenda.

10) Endemann, a. a. O. S. 98 definiert sogar den Besitz dahin: Der Besitz sei das sozial ausgeprägte, befriedete Gewaltverhältnis eines Menschen über eine Sache. Vergl. auch Goldschmidt, a. a. O. S. 163: Die tatsächliche Gewalt (potestas) ist ein sozialer (oder Verkehrs-) Begriff, und S. 75 f.

Das soziale Element im Institute des Besitzschutzes dokumentiert sich nach drei Richtungen hin, nämlich:

a) Das Institut des Besitzschutzes bezweckt die Sicherung des gesellschaftlichen Friedens, des Rechtsfriedens[11]).

b) Als Mittel dazu dient die Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen[12]). Dies schließt wiederum ein zweifaches in sich:

aa) die bezüglichen Rechtsfolgen knüpfen sich an die äußeren Verhältnisse ohne Rücksicht auf die rechtliche Beziehung der Person zu der Sache, d. h. ihre Berechtigung zu besitzen[13]).

bb) Die bezüglichen Rechtsfolgen knüpfen sich an die äußeren Verhältnisse ohne Rücksicht darauf, ob zur Bildung dieser Verhältnisse ein auf sie oder die Rechtsfolgen gerichteter Wille beigetragen hat[14]).

c) Als Norm oder objektiver Maßstab zur Beurteilung dieser tatsächlichen Verhältnisse, und, worauf es auch ankommt, der Fragen, ob und wann jemand die tatsächliche Herrschaft über die Sache erlangt hat, fungieren die im Verkehr ausgeprägten Anschauungen der Rechtsgenossen, der Gesellschaft[15]).

---

11) Dieser Grundgedanke des Besitzschutzes ergibt sich aus den Protokollen cit. S. 31 „— Grundgedanken des Besitzschutzes, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Personen zu den Sachen zu bewahren".

12) Vergl. Protokolle daselbst und S. 28; Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. (1896), S. 109.

13) Auf die Berechtigung und den guten Glauben kommt es dabei nicht an, weil in dem nackten Tatbestande der Rechtsfrieden geschützt werden soll. Mit Recht betont auch Hellwig, a. a. O. S. 118 f, 123 c in einem anderen Zusammenhang die Auseinanderhaltung von Berechtigung und Besitz.

14) Eine andere Frage ist es aber, ob für den Begriff der Herrschaft auch ein Wille in Betracht kommt.

15) Vergl. Protokolle cit. S. 29: „Daß zum Erwerbe des Besitzes Erlangung der tatsächlichen Gewalt nötig sei, werde in allen Fällen zutreffen. Nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen sei es dann zu

Die Schranken, innerhalb deren das eben besprochene soziale Element (in seinen drei Richtungen und ganz besonders in Hinsicht auf die Wirkung sub bb) in den Vordergrund zu rücken und als das Ausschlaggebende bei der Behandlung von speziellen Fragen aufzufassen ist, ergeben sich aus folgenden Erwägungen.

Das B.G.B. gewährt dem Besitzer eine Rechtsstellung, die aus folgenden Besitzschutzrechten und Ansprüchen besteht: a) dem Erwehrungs- und Selbsthilferecht (§ 859; in gewissem Sinne gehören hierher auch die §§ 861 II, 862 II; letztere nämlich insoweit, als sie eine Art exceptio vitiosae possessionis zulassen); b) dem Anspruch auf Wiedereinräumung des durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes (§ 861 I); c) dem Anspruch auf Beseitigung (resp. Unterlassung) der durch verbotene Eigenmacht herbeigeführten (resp. zu besorgenden weiteren) Störungen (§ 862 I)[16].

Die hier fraglichen Rechtssätze brechen mit dem Prinzip der Aufrechterhaltung der Tatsächlichkeit — da sie diese Tatsächlichkeit im Wege der Selbsthilfe, resp. der Klage zusammenstürzen lassen[17] —, sind jedoch von nur relativer Wirkung.

---

beurteilen, ob das tatsächliche Verhältnis der Person zur in Besitz genommenen Sache ausreiche, um den Besitz als fortbestehend anzusehen." In dieser Norm sieht Endemann, a. a. O. S. 96, 97 vornehmlich das soziale Element des Besitzes. Zu weit aber geht unseres Erachtens seine Aeußerung (S. 98), daß durch die soziale Sicherung gegen Eingriffe Dritter die positive tatsächliche Herrschaft zum sachenrechtlichen Verhältnis werde. Zu einem solchen wird unserer Ansicht nach der Besitz dadurch, daß die gesellschaftliche Anerkennung der Herrschaft der Person über die Sache durch die Rechtsordnung (Besitzrechtsschutz) bestätigt und durchgeführt wird.

16) Der Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung aus § 867, sowie die §§ 865, 866 enthalten keine Besonderheit, die von Einfluß auf unsere weiteren Erwägungen wäre. Näheres über die Rechtsstellung des Besitzes bei Kipp, a. a. O. S. 694—696.

17) Es ist zu beachten, daß das im Text in Hinsicht auf die Selbsthilfe Gesagte nur insoweit zutrifft, als es sich um die Absätze II und III

Sie gelten nur innerhalb gewisser Grenzen, d. h. sie greifen nur in die Beziehungen ein, welche zwischen dem widerrechtlich gestörten, resp. dem ohne oder wider Willen der Gewalt enthobenen Besitzer und dem Besitzstörer, resp. dem fehlerhaften Besitzer bestehen. Außerhalb dieser Grenzen gilt vielmehr ein vom Gesetze an alle Rechtsgenossen gerichtetes Verbot jeder eigenmächtigen Störung der tatsächlichen Ordnung [18]).

Dieses Verbot ist dasjenige, worin das soziale Element im Besitze seine Ausprägung findet. Da, wo dieses Verbot nicht gilt, d. h. in dem Anwendungsgebiete jener positiven Rechtssätze, fehlt das soziale Element, und es handelt sich lediglich um den Besitz als ein Vermögenselement, als ein Verhältnis, an das sich höchst subjektive Interessen knüpfen. Analog, aber in weiterem Umfange, gilt das eben Gesagte in Beziehung auf den für den Fall des unfreiwilligen Besitzverlustes vom § 1007 gegebenen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes, welcher Anspruch ebenfalls ausschließlich den Besitzschutz bezweckt [19]).

Wenn man den Standpunkt des B.G.B. so doppelseitig auffaßt, muß man konsequenterweise auch zu der Ansicht gelangen, daß, sofern es sich um die inneren Beziehungen zwischen Besitzer und Störer, resp. früherem Besitzer und fehlerhaftem oder schlechterem Besitzer handelt, die Individualinteressen der Parteien nicht dem sozialen Interesse aufzuopfern sind, sondern, daß sie vielmehr weitgreifend zu schützen sind. Um diesem

---

des § 859 handelt; sonst bezweckt die Erwehrung (§ 859 I) im Grunde genommen die Aufrechterhaltung der tatsächlichen Zustände.

18) Dieses Verbot war im „Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich (I. Lesung)" als § 814 positiv enthalten. Im geltenden B.G.B. äußert es sich in der negativen Ausdrucksform „verbotene Eigenmacht" und „widerrechtich handeln" des § 858 I.

19) Ueber den Charakter dieses Anspruchs vergl. neuerdings Hellwig, a. a. O. S. 343—349.

Dualismus bei der Betrachtung und Beurteilung des Tatsächlichen gerecht zu werden, ist es unseres Erachtens notwendig, bei den eigentlichen Ausführungen über die uns beschäftigende Frage zwei Hauptrichtungen aufzustellen und streng auseinanderzuhalten: nämlich einmal die der Existenz des Besitzverhältnisses, dann die der Qualität des Besitzes. Durch die Regelung der Besitzverhältnisse — quoad exsistentiam possessionis — findet das soziale Element seine Befriedigung. Durch die Regelung der Fehlerhaftigkeit &c. — quoad vitiositatem possessionis — finden die Parteiinteressen ihren Schutz.

Als in einer Art Beilage zu den vorangegangenen Ausführungen werden wir uns hier etwas eingehender mit dem Begriff des sog. mittelbaren Besitzes beschäftigen [20]).

Die besondere Behandlung des sog. mittelbaren Besitzes ist deswegen geboten, weil die Tatbestände beider Besitzarten voneinander verschieden sind. Beim unmittelbaren Besitz kommt für dessen Entstehung in Betracht lediglich das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, die Gewalt. Beim mittelbaren Besitz wird dieses Verhältnis zwar auch vorausgesetzt; es tritt jedoch noch ein zweites Verhältnis hinzu, nämlich das Verhältnis einer Person zum Besitzer, vermöge dessen er der anderen Person gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868) [21]).

Betreffs des Verhältnisses, in welchem der unmittelbare Besitzer zu der Sache steht, gibt es keine Meinungsverschiedenheit. Dagegen existiert eine solche in betreff folgender zwei

20) Aus der Literatur zu vergl. Planck, a. a. O. zu § 868; Biermann, a. a. O. zu § 868; Kipp, a. a. O. S. 697—701; Lehmann, a. a. O. § 19 Ziff. 7; Matthiaß, a. a. O. S. 7 f.; Klein, Der mittelbare Besitz des B.G.B. (Bonner Dissert., 1899); Weidemann, Dissert. cit.

21) Genau gesprochen mit Bekker, a. a. O. S. 19: zum Besitz verpflichtet oder auch nur berechtigt ist.

Punkte: 1) des Verhältnisses, in welchem der mittelbare Besitzer zu der Sache steht, 2) des Verhältnisses, in welchem der mittelbare zu dem unmittelbaren Besitzer steht.

Was den ersten Punkt angeht, so stellen sich die darüber geäußerten verschiedenen Meinungen in folgender Weise dar.

Einerseits wird behauptet, daß der Besitz des mittelbaren Besitzers auch eine tatsächliche Gewalt sei[22]). Daß dies gegebenen Falls zutreffen kann[23]), ist zuzugestehen. Immer aber trifft es nicht zu. Daher kommt diese Ansicht über eine Fiktion nicht hinaus. Es fragt sich nun: hat das B.G.B. diese Fiktion

---

22) Vergl. Gierke, a. a. O. S. 7 Anm. 15; Kniep, a. a. O. S. 8 f., welcher von dem mittelbaren Besitzer als einem Nochbesitzer spricht in dem Sinne, daß in der Person desselben noch immer gewisse Besitzesbefugnisse zurückbleiben, wegen welcher sich das Klagerecht des mittelbaren Besitzers wie die Selbsthilfe sogar gegen den Besitzer selber richten (Beispiele auf S. 9. Der Fall der Aftervermietung auf S. 128 durfte nicht vorgebracht werden, da das Verbot der Aftervermietung einen augenscheinlichen obligatorischen Charakter trägt und der Besitz des Aftermieters nur vom Besitze, nicht vom rechtmäßigen Besitze des Aftervermieters abhängt. In jedem Falle wäre notwendig, um die Frage der Rechtmäßigkeit zu entscheiden und um sagen zu können, daß der Vermieter einen solchen Aftervermieter vom Standpunkt des Besitzrechts nicht zu dulden brauche [vergl. auch S. 414, 449], in Betracht zu ziehen, ob der Aftermieter beim Erwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kannte, denn sicherlich ist er Nachfolger im Besitze des Aftervermieters geworden und somit muß der § 858 II, 2 zur Anwendung gebracht werden); Cosack, a. a. O. § 185 IV, 4, dessen Ausführungen daselbst sub a) nicht bewiesen werden; Matthiaß a. a. O.; Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B. (in dem Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen, Nr XIII) S. 81, 2 b spricht vom Wegfall der Gewalt des mittelbaren Besitzers über die Sache. Vergl. auch Weidemann dis. cit. S. 18, welcher wieder auf S. 32—33 diese Grundauffassung aufgibt, indem er zugibt, daß mittelbarer Besitz auch so vorliegen kann, daß der mittelbare Besitzer dem Besitzmittler gegenüber jede äußerlich erkennbare Beziehung zur Sache aufgegeben hat.

23) Es sei hierbei aber besonders hingewiesen auf Protokolle cit. S. 223.

aufgestellt? unseres Erachtens Nein. Höchstens könnte hier von einem Surrogat der fehlenden Gewalt die Rede sein und dieses Surrogat wäre in dem zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer existierenden Verhältnisse zu erblicken.

Eine andere Meinung geht dahin, daß das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zu der Sache kein Gewaltverhältnis ist [24]. Diese Meinung teilen auch wir. Wenn weiter gesagt wird [25], daß der mittelbare Besitz eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache sei, eine Beziehung, welche durch die Gewalt des unmittelbaren Besitzers in Verbindung mit dessen Verhältnis zum mittelbaren Besitzer hergestellt werde, so haben wir gegen diese Charakterisierung insoweit nichts einzuwenden, als dadurch der Feststellung der Natur dieses letzten Verhältnisses nicht präjudiziert werden darf. Demgemäß könnten wir auch von einer Beziehung des mittelbaren Besitzers zu der Sache sprechen und darunter nichts weiter verstehen, als das oben angedeutete Surrogat [26].

In diesem Zusammenhang entsteht nun die Frage, welchen Einfluß diese Beziehung auf die Anwendung der Rechtsfolgen des Besitzes ausübt; und hier muß wiederum nach zwei Richtungen hin unterschieden werden, nämlich nach innen (Ver-

---

24) So Planck, a. a. O. Anm. 5 zu § 868; Endemann, a. a. O. § 82 S. 124; Lehmann a. a. O., welcher sagt: der mittelbare Besitz sei ein wahres Herrschaftsverhältnis, wenn auch nur ein fingiertes Gewaltverhältnis, und § 23 S. 78: der mittelbare Besitz sei lediglich ein rechtliches, kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis. Vergl. Klein, Dis. cit. S. 16, 28 ff., welcher annimmt, daß der mittelbare Besitz auf Fiktion beruhe.

25) Vergl. Planck ebenda.

26) So sagt Endemann, a. a. O. § 82 S. 126: Durch den gesicherten Anspruch auf Rückgabe der Sache wird eine objektiv-rechtliche Gebundenheit hergestellt, die zur Annahme der Fortdauer des Besitzes eine ausreichende Grundlage bietet. Die Ansichten der Verfasser des II. Entwurfs siehe in den Protokollen cit. S. 224.

hältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer) und nach außen (Anwendung der für den Besitz geltenden Grundsätze auch auf den mittelbaren Besitz).

Was die erste Richtung anbelangt, billigen wir die Ausführungen Biermanns[27]).

Im allgemeinen aber möchten wir die bezeichnete Frage dahingestellt sein lassen, da sie für die Lösung der uns beschäftigenden Frage nicht förderlich ist. Für uns ist es nämlich nur von Wichtigkeit, festzustellen, was zum Tatbestande des Surrogates der fehlenden Gewalt gehört. Nach dem B.G.B. wird aus dem obligatorischen jus possidendi auf das jus possessionis geschlossen. Zu Grunde liegt also ein Verhältnis, welches die Grundlage eines Besitzrechts oder eines Herausgabeanspruchs bildet.

Was nunmehr dieses Verhältnis angeht, so gehen die Meinungen nach folgenden Richtungen hin auseinander. Einerseits wird als Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ein Rechtsverhältnis (§ 930 B.G.B., § 76 C.P.O.) verlangt, welches den unmittelbaren Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet, oder mit anderen Worten ein Herausgabeanspruch auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses[28]). Dieses Rechtsverhältnis muß objektiv bestehen; sein objektives Bestehen genügt. Daher hebt ein Entschluß des unmittelbaren Besitzers (geäußert oder nicht), seiner Herausgabeverpflichtung nicht nachkommen zu wollen, den mittelbaren Besitz nicht auf[29]).

Von anderen wird in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien behauptet, daß nach § 868 nicht ein „objektives"

27) Biermann, a. a. O. Anm. 2, 3 zu § 859; vergl. auch Klein, Dis. cit. S. 41 f.

28) So Kipp, a. a. O. S. 698, I b.

29) Vergl. Kipp, ebenda S. 710, II a.

obligatorisches Rechtsverhältnis erforderlich sei, sondern es genüge, wenn der unmittelbare Besitzer anerkenne, für den anderen zu besitzen[30]). Infolgedessen genüge für die Uebertragung des mittelbaren Besitzes die Abtretung auch eines vermeintlichen Herausgabeanspruchs[31]). Weil bei dieser Argumentation das Schwergewicht auf das subjektive Erfordernis der auf seiten des unmittelbaren Besitzers vorhandenen Anerkennung der Besitzberechtigung des mittelbaren Besitzers gelegt wird, wird weiter gefolgert, daß das bezügliche Verhältnis auch einseitig vom unmittelbaren Besitzer zerstört werden kann[32]).

30) So Planck, a. a. O. Anm. 2 b α zu § 868; Biermann, a. a. O. Anm. 2 d zu § 868.

31) Planck, ebenda Anm. 2 b β zu § 868; Biermann, ebenda Anm. 1 zu § 870. Wenn Planck sich auf die Protokolle cit. S. 198 beruft, weil diese von „der (mindestens vermeintlichen) Existenz eines Rechtsverhältnisses" sprechen, so ist demgegenüber zu bemerken, daß dies geschieht in Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung, keineswegs in Zusammenhang mit der Begründung des mittelbaren Besitzes. Die Kommission beriet damals über den Fall, daß das Rechtsverhältnis eine nur vermeintliche Existenz haben sollte, und die Mehrheit erklärte, ein solches Rechtsverhältnis genüge, um die Ernstlichkeit des Willens der Parteien klarzustellen, daß sie die Uebergabe durch eine Erklärung des Veräußerers ersetzt wissen wollten. Unabhängig davon sei die Frage der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Nichtigkeit bewirkt, daß eventuell kein mittelbares Besitzverhältnis zu stande kommt. Das Eigentum gelte nichtsdestoweniger als übertragen. Man denke an folgendes Beispiel. A überträgt schenkungsweise dem B auf Grund des § 930 das Eigentum an Inhaberpapieren, indem B zum Schein zu Gunsten des A den Nießbrauch an denselben Papieren bestellt, ohne die Einräumung des Mitbesitzes zu verlangen. Durch das Scheingeschäft wird von A beabsichtigt, daß seine Gläubiger sich so lange ruhig verhalten, bis die Verjährung ihres Anfechtungsrechts gegenüber der Eigentumsübertragung an den Papieren eingetreten ist. Diese Absicht des A ist dem B nicht bekannt. In solchem Fall hätten wir eine gültige Eigentumsübertragung mit zu Grunde liegendem nichtigen Rechtsgeschäfte, welches den mittelbaren Besitz nicht begründet. Dies wäre ein Beispiel entsprechend der Ansicht der Kommission. Es bleibe dahingestellt, ob man dem B.G.B. zu Folge den Fall ebenso beurteilen muß.

32) Planck, ebenda Anm. 3 b β zu § 868; Biermann, ebenda

Dieser letzteren Ansicht gegenüber muß folgendes konstatiert werden. Einmal: da das Gesetz als minimalste Anforderung ein obligatorisches Verhältnis aufstellt, woraus eine Berechtigung resp. Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zu dem Besitze entspringt, so kommt es nicht auf das jus possidendi des mittelbaren Besitzers an, sondern lediglich auf seine possessio. Die den Gegenstand der Uebertragung bildende possessio ist eine genügende Unterlage für die Entstehung jenes Verhältnisses. Der Besitz des vermittelnden Besitzers ist zurückzuführen auf den Besitz und nicht auf das Recht zum Besitz des mittelbaren Besitzers. Auf Grund dieser Annahme ist die in den Protokollen, bei Planck und auch bei Biermann besprochene Frage, wer der mittelbare Besitzer sei, wenn ein Nichteigentümer einen Nießbrauch bestellt hat, zu Gunsten des Nichteigentümers zu beantworten und zwar nicht weil etwa der Nießbraucher anerkennt, für diesen zu besitzen, sondern weil er zu diesem in obligatorischem Verhältnis steht. Der Eigentümer hat zwar einen Herausgabeanspruch gegen den Nießbraucher, aber nicht auf Grund eines besonderen Verhältnisses, wie es nach § 868 erforderlich wäre [33]).

Anm. 7 zu § 868. Buhl, ebenda, spricht auch von einer einseitigen Beendigung des mittelbaren Besitzes und fügt hinzu „allerdings genügt nicht der bloße Entschluß, die Sache fortan als Eigenbesitzer zu haben, sondern es muß dieser Entschluß in einer den mittelbaren Besitz aufhebenden Weise bestätigt (betätigt?) sein.“ Dies scheint eine Wiedergabe zu sein der Ansicht Gierkes, a. a. O. S. 7 Anm. 15, daß der mittelbare Besitz durch den Fortbestand der rechtlichen Verpflichtung zur Rückgabe nicht erhalten wird, wenn der unmittelbare Besitzer tatsächlich den Besitzherrn seiner Besitzherrschaft entsetzt, sich erfolgreich Eigenbesitz angemaßt oder Besitz ohne Vorbehalt des Mitbesitzes übertragen hat. Auf merkwürdige Weise schließt sich Endemann, a. a. O. § 32 S. 130 (besonders Anm. 23) diesen Ausführungen an und spricht sogar von einer eigenmächtigen Aufhebung des den Besitzmittler [objektiv-rechtlich, vergl. oben Anm. 26] bindenden Verpflichtungsverhältnisses (!).

33) In Betracht kommen die §§ 1055 und 1058 B.G.B. Ent-

Ebenso wie das Recht des Bestellers zum Besitz, ist auch das dingliche Recht des unmittelbaren Besitzers zum Besitz unerheblich. Die Frage der dinglichen Berechtigung des Besitzers ist fernzuhalten von der Frage der obligatorischen Berechtigung gegenüber dem mittelbaren Besitzer. Daraus erklärt sich der Tatbestand der Fälle, welche unter die §§ 955 II, 988 fallen. Für die Beurteilung des mittelbaren Besitzes kommt es lediglich auf den Besitz, nicht auf das Recht zum Besitz an, und demgemäß kommt es ferner auf ein besonderes obligatorisches Verhältnis an, in welchem der Besitz den Gegenstand der Leistung bildet. Der darauf begründete Anspruch auf Herausgabe ist nicht mit dem etwaigen Anspruch aus einem dinglichen Rechte zu verwechseln.

Bei dieser Betrachtungsweise haben wir bemerkt, daß es auf ein subjektives Erfordernis der Anerkennung auf seiten des unmittelbaren Besitzers nicht ankommt. Es sei nun hier weiter konstatiert, daß eine solche Annahme, welche in der oben besprochenen Frage von gar keinem Nutzen und daher auch überflüssig ist, nach anderen Richtungen hin entweder zu einer Fiktion gestempelt wird, oder gar schädlich ist. Auf eine Fiktion mußte diese Annahme hinauslaufen in Beziehung auf den § 871, der den Schutz jedes oberen mittelbaren Besitzers ohne Rücksicht auf diese Anerkennung (denn es ist keine Spur davon aus dem Wortlaute des Gesetzes zu entnehmen) bezweckt. Schädlich würde sie sein in betreff der anzunehmenden Möglichkeit, einer einseitigen Beendigung des Verhältnisses, wodurch nicht nur der mittelbare Besitzer des Besitzschutzes des § 869

---

sprechendes kann gesagt werden in Hinsicht auf den § 2019 II beim Erbschaftsanspruch. Zu beachten ist aber, daß, gemäß §§ 1058 und 2019 II, die Kenntnis des Nichteigentums des Bestellers des Nießbrauchs resp. der Zugehörigkeit der besessenen Sache zur Erbschaft, das mittelbare Besitzverhältnis beendigt, weil und soweit dieselbe die Verpflichtung zur Rückgewähr der Sache vernichtet.

beraubt, sondern auch eine Unterbrechung der Ersitzung (§ 940 I in Verbindung mit §§ 900 I, 937) zu seinem Nachteil herbeigeführt werden könnte und noch mehr die zu seinen Gunsten lautende Präsumption des § 1006 aufhören könnte. Wenn hiergegen Planck[34]) meint, daß dem mittelbaren Besitzer geholfen werden kann im Wege der Feststellungsklage oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, welches den Besitzmittler zur positiven Anerkennung des mittelbaren Besitzverhältnisses verurteilt, so ist nicht einzusehen, worauf anders die Klage oder das Urteil zu stützen ist, wenn nicht auf das obligatorische Verhältnis zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer. Somit ist aber der circulus vitiosus hergestellt. Was dem Verhältnis selber an Kraft abgesprochen wird, wird der auf das Verhältnis zu begründenden Klage (resp. dem Urteil) zuerkannt, als ob es auf die Leistung, die Herausgabe, welche den Gegenstand der Obligation bildet, ankäme und nicht auf die Verpflichtung zur Leistung, welche durch die Klage bezw. durch das Urteil bloß zur Geltung gebracht wird.

Auch aus einem anderen Grunde wäre jene Annahme zu verwerfen, nämlich aus der Anwendung des § 870. Dieser Paragraph besagt, daß der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden kann, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Nun wissen wir aus § 398, daß mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages und ohne vorangegangene Anzeige an den Schuldner der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt[35]). Wenn wir nun das Bestehen des mittelbaren Besitzes von

34) Vergl. Planck, a. a. O. Anm. 3 b β zu § 868.

35) Dies ergibt sich auch indirekt aus dem § 1205 II. Vergl. auch Strohal, Der Sachbesitz ꝛc., S. 94; Protokolle cit. S. 227: — müsse für die Uebertragung des mittelbaren Besitzes überhaupt die Abtretung des Anspruchs des mittelbaren Besitzes gegen den unmittelbaren Besitzer auf Einräumung des Besitzes für erforderlich und genügend erachtet werden.

einer Anerkennung des unmittelbaren Besitzers abhängig machen wollten, so würden wir ein von den zitierten Paragraphen nicht aufgestelltes Mehrerfordernis verlangen, welches uns auf den Standpunkt des auf gemeinrechtlicher Basis konstruierten I. Entwurfs (§ 804)[36]) zurückwerfen würde.

Weiter wäre bei jener Annahme nicht einzusehen, warum nicht auch der mittelbare Besitzer seinerseits einseitig den mittelbaren Besitz aufgeben könnte. Denn wenn der § 868 in dem bereits besprochenen subjektiven Sinne zu verstehen wäre, so gäbe es keinen Halt, um nicht nach gemeinrechtlichem Rezept den Besitz des mittelbaren Besitzers auch von seinem Willen abhängig zu machen[37]). Dadurch wäre aber eine Tür eröffnet, um nachteiligen Folgen zu entgehen, die an den Besitz geknüpft sind, beispielsweise der Passivlegitimation bei der Vindikation (vorausgesetzt, daß der Besitzer im guten Glauben über seine Berechtigung zum Besitze ist — sonst würde die Bestimmung des § 990 Platz greifen) oder den Folgen des § 836.

Aus allen diesen Gründen bleiben wir dabei, daß das Verhältnis des § 868 objektiv zu verstehen ist. Was diese Objektivität näher anbelangt, so kann man dieselbe in doppelter Weise auslegen. Entweder muß die Rede sein von einem Verhältnisse, welches dermaßen von seiner causa abhängt, daß es bei Unwirksamkeit seiner causa (aus irgend welchem Grunde) überhaupt nicht entsteht und folglich auch kein mittelbarer Besitz entsteht; oder es kann darunter ein von seiner causa los-

36) Vergl. dagegen die scharfe Kritik Gierkes, Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht (1889), S. 301 f. Anklänge an diese Auffassung finden sich in den Protokollen cit. Bd. 4 S. 596, 608. Dagegen auf S. 594 (daselbst), welche Planck anführt, ist nur gesagt, daß im Falle der Bestellung des Nießbrauchs von seiten eines Nichteigentümers, der Besteller Träger des Schuldverhältnisses ist. An dieses Schuldverhältnis, nicht an das Anerkennen des Besitzers, ist das Bestehen des mittelbaren Besitzes gebunden.

37) Cosack, a. a O. § 188 II, 1 neigt zu dieser Annahme.

gelöstes Verhältnis zu verstehen sein, welches unabhängig von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der causa traditionis den mittelbaren Besitz begründet. In diesem letzten Sinne haben wir bereits die Frage beantwortet betreffs der Fälle, in denen ein Nichtberechtigter ein Recht zum Besitz bestellt. In demselben Sinne möchten wir noch weiter verfahren wissen, wenn wir vor einem einheitlichen Rechtsgeschäfte stehen, z. B. vor einem Mietsvertrag, aus welchem die Einigung über die Begründung des mittelbaren Besitzverhältnisses hervorgeht. Wäre der Mietsvertrag ungültig, so würde wegen der notwendigen Auseinanderhaltung von traditio und causa traditionis der Vertrag nach Seite der Tradition und folglich für das Entstehen des mittelbaren Besitzes gelten [38]).

Diese Ansicht wäre vielleicht zu bestreiten, in Rücksicht auf die mit ihr gegebene zu große Leichtigkeit der Begründung des mittelbaren Besitzes, welcher nicht bloß im Gebiete des possessorischen Schutzes, sondern auch für die Begründung von dinglichen Rechten von Bedeutung ist; allein wir können diese Frage dahingestellt sein lassen; jedenfalls haben wir durch die vorigen Ausführungen ein für den Gang unserer Arbeit wichtiges Resultat gewonnen, daß für den mittelbaren Besitz, d. h. für dessen Begründung, Uebertragung, Beendigung ein objektiv zu

---

38) Könnte man den Satz aufstellen, daß in jedem Fall, wo Besitz übertragen wird unter Umständen, welche die Zurückgabe der übergebenen Sache erwarten lassen, das mittelbare Besitzverhältnis begründet ist? Es wäre zu denken an die Fälle, in welchen wegen Mangels der causa traditionis eine Bereicherungsklage begründet ist. Die Bejahung dieser Frage hat an sich etwas anziehendes. Zu gründen wäre die Bejahung, unseres Erachtens, auf die im Text angegebene Konstruktion. Es wäre die Begründung des mittelbaren Besitzverhältnisses als ein sozusagen essentiale negotii im Uebertragungsakt als mitinbegriffen anzusehen. Die Römer gestatteten bekanntlich auch eine actio emti (auf Rückgabe des Kaufpreises), wenn der Kauf ungültig war, und auch sonst die Kontraktsklage, wo überhaupt kein Vertrag zu stande gekommen war. — Ueber das Rechtsverhältnis des § 868 vergl. auch Kniep, a. a. O. S. 109—168.

verstehendes Rechtsverhältnis erforderlich ist. Zusammenfassend könnten wir sagen: An das Verhältnis, welches zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer existiert, ist die Existenz des mittelbaren Besitzes aufs engste geknüpft. Dieses Verhältnis ist als ein objektives, obligatorisches Verhältnis aufzufassen, durch welches eine relative Berechtigung resp. Verpflichtung zum Besitz entsteht.

II. Betreffs der im Gebiete des Erwerbes von dinglichen Rechten an den Besitz geknüpften Wirkungen gibt es mehrere einschlägige Paragraphen im B.G.B.; aber nicht alle passen in diese allgemeinen Erörterungen über die Grundgedanken des Gesetzgebers. In dieser Beziehung möchten wir zwei Rechtssätze besonders berücksichtigen, nämlich:

a) den Satz, daß dem Besitzer eine formelle Verfügungsmacht über die besessene bewegliche Sache zusteht (§§ 932—934, 1207. Was hierüber zu sagen sein wird, muß entsprechend auch bezüglich der §§ 926 II, 936, 1208 verstanden werden);

b) den Satz, daß der Besitz in seiner Eigenschaft als Eigenbesitz durch die Ersitzung zum Erwerbe des Eigentums an der besessenen beweglichen Sache führt (§ 937). Vergl. auch den analogen Fall des § 1033. Gleichzustellen sind ferner in Ansehung der Berechnung der Frist die sog. Tabularersitzung und die im Wege des Aufgebotsverfahrens stattfindende Ausschließung des Eigentümers. Vergl. §§ 900, 927.

Zu a). Die Wirkung jener formellen Verfügungsgewalt ist die, daß dem dritten Erwerber auch dann Eigentum resp. Pfandrecht zusteht, wenn die Sache dem übergebenden Besitzer nicht gehört. Diese Gewalt stammt geschichtlich aus dem deutschrechtlichen Grundsatz: „Hand wahre Hand“[39]). Aus diesem geschichtlichen Grunde und wegen des dabei mitspielenden Verkehrselementes, welches zu erblicken ist in dem Umstande, daß

39) Vergl. Gierke, Die Bedeutung 2c., S. 12 ff., 17 ff.; Lehmann, a. a. O. § 19 Ziff. 4.

die Interessen der auf die Tatsächlichkeit vertrauenden Rechtsgenossen schutzbedürftig sind, genießt der Dritte nach B.G.B. den starken Schutz des Eigentümers, resp. Pfandgläubigers, als welcher er anerkannt wird [39a]). Diese günstigen Folgen werden ihm jedoch abgesprochen, 1) im Falle des auf seiner Seite bestehenden Mangels an gutem Glauben, 2) in gewissen Fällen besonderer Gestaltung der Uebertragung, 3) in gewissen Fällen, wo die übertragene Sache besonders qualifiziert ist. Näher: Der Begriff des guten Glaubens ist dem § 932 II zu entnehmen. Auf guten oder bösen Glauben kommt es nicht an in Beziehung zu dem Eigentumserwerb, aa) wenn bei der Uebertragung durch sog. brevi manu traditio der Erwerber den Besitz nicht von dem Veräußerer erlangt hatte (§ 932 I, 2), bb) wenn bei der Uebertragung durch sog. constitutum possessorium dem Erwerber die Sache von dem Veräußerer nicht übergeben wird (§ 933), cc) wenn bei der Uebertragung durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache, im Falle, daß der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist, der Erwerber den Besitz der Sache von dem Dritten nicht erlangt (§ 934). Entsprechendes gilt bei der Anwendung der §§ 936, 926 II, 1207 und 1208. Der gute Glaube schützt ferner den dritten Erwerber auch dann nicht, wenn die Sache (sofern es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere, oder im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerte Sachen handelt) als eine gestohlene, verloren gegangene oder sonst abhanden gekommene qualifiziert ist (§ 935 in Verbindung mit §§ 1207, 926 II). Wie wir also aus der vorangegangenen Ausführung ersehen, kommen für die Beurteilung der betreffenden Fälle zwei Momente

39a) Zur Theorie der betreffenden Rechtssätze vergl. neuerdings den schönen Aufsatz Regelsbergers, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten (in diesen Jahrb., Bd. 47 S. 339 ff.), worin die Ansicht verteidigt wird, daß nicht eine Uebertragungsmacht des Veräußerers, sondern der gute Glaube des Erwerbers die Grundlage seines Erwerbs bildet.

in Betracht, nämlich ein soziales, das der Schutzbedürftigkeit der Interessen der Dritten, welche im guten Glauben auf die Tatsächlichkeit vertrauen, und ein individuales, das der Schutzbedürftigkeit der Interessen des wider oder ohne seinen Willen des Besitzes enthobenen Eigentümers. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Abgrenzung des Gebietes, in welchem man dieses oder jenes Moment obwalten lassen darf; und somit eine Schwierigkeit für die Lösung folgender praktisch wichtiger Frage, welche in den Rahmen vorliegender Untersuchung fällt: ob nämlich unter die sonst abhanden gekommenen Sachen auch solche einzurechnen sind, welche übertragen worden sind, kraft einer anfechtbaren Uebertragungserklärung, die angefochten wird.

Zu b). Es mag vorausgeschickt sein, daß die bezüglichen Rechtssätze den Zweck haben, den Interessen des Besitzers zu dienen.

§ 3. Besitzaufgabe und Besitzübertragung.

Diese beiden Begriffe werden hier einer gemeinsamen Untersuchung unterworfen, weil eine Verwandtschaft zwischen beiden existiert, indem Besitzübertragung nichts weiter ist, als eine bedingte Besitzaufgabe, eine Besitzaufgabe zu Gunsten eines bestimmten dritten Erwerbers[40]).

Unter Besitzaufgabe aber im weiteren auch die Besitzübertragung umfassenden Sinne verstehen wir diejenige Beendigung des Besitzverhältnisses, bei welcher der Wille des bisherigen Besitzers von rechtlicher Bedeutung ist[41]).

---

40) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B., Bd. 3 S. 90 und 91.

41) Es sei betont: von rechtlicher Bedeutung; keineswegs ist von rechtlicher Wirksamkeit die Rede. Wir halten diese Begriffe in derselben Weise auseinander, wie dies Manigk a. a. O. S. 7 tut.

Die rechtliche Bedeutung des Willens ist verschieden, und zwar nach denselben Richtungen verschieden, die wir bereits kennen lernten, nämlich je nachdem es sich handelt um die Anwendung der Rechtssätze über possessorischen Schutz oder der Rechtssätze betreffend den Erwerb von dinglichen Rechten ꝛc. Nach denselben Richtungen entscheidet sich auch die in der Einleitung dieser Abhandlung gestreifte Frage, ob und wann von einer sog. Succession in den Besitz die Rede sein kann. Dies alles wollen wir in den folgenden Erörterungen näher zu erläutern versuchen.

I. a) Im Gebiete des possessorischen Schutzes und zwar in Hinsicht auf den unmittelbaren Besitz wissen wir bereits, daß, was die Existenz des Besitzes anbetrifft, es nur auf die tatsächliche Gewalt ankommt. Existiert die tatsächliche Gewalt, d. h. ist sie (nach § 854) erlangt und nicht (nach § 856) beendigt worden, so existiert auch bei deren Inhaber der Besitz. In Hinsicht auf diese Gewalt wurde bereits gesagt, daß ihre äußere Existenz und nicht ihre innere Berechtigung oder ein auf sie gerichteter Parteiwille erheblich sind. Ein Parteiwille kommt nur insoweit in Betracht, als er zur Qualifizierung des tatsächlichen Verhältnisses als Gewalt notwendig ist. Insofern ist der Parteiwille kein „selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis des Besitzerwerbes, sondern nur eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer erforderliche Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt", wie sich **Biermann** trefflich ausdrückt[42]). Auf dieser Grundlage ist nun weiter zu entscheiden, daß bei der Beendigung des Besitzes das Gewicht auf die äußere Beendigung des Gewaltverhältnisses fällt, und daß es weder auf die Rechtmäßigkeit des Beendigungsaktes ankommt, noch die Beendigung auf den etwa vorhandenen

42) **Biermann**, a. a. O. Anm. 3 zu § 854; vergl. auch **Planck**, a. a. O. Anm. 2 zu § 854.

Parteiwillen zurückzuführen ist. Der Parteiwille ist, was die Existenz oder die Nichtexistenz des Besitzes angeht, unerheblich. Dadurch wird aber nicht negiert, daß, wo zur Qualifizierung des tatsächlichen Verhältnisses als Gewalt ein Parteiwille erforderlich ist, das Nichtvorhandensein dieses Willens oder, genauer gesprochen, das Vorhandensein eines entgegenstehenden Willens die Beendigung des Besitzes bedingt und zwar nicht als ein selbständiges, dem Verlust der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis, sondern als Voraussetzung des faktischen Verlustes der Gewalt [43]).

Was eben von der Besitzaufgabe gesagt worden ist, gilt ohne Unterschied bei jeder Besitzaufgabe, sei es daß sie unbedingt erfolgt, sei es daß sie bedingt als eine Uebertragung erscheint. Demzufolge können wir den Satz aufstellen:

Für die Frage der Existenz oder Nichtexistenz des Besitzes kann von Besitzübertragung nicht die

43) Dahin ist Biermann, a. a. O. Anm. 2 zu § 856 zu verstehen, wenn er sagt: es kommt immer nur darauf an, daß das Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, jetzt zerstört ist. Vergl. auch Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 856: das Aufgeben der Gewalt ist eine Art des Verlustes der Gewalt. Dieser Ansicht schließt sich prinzipiell auch Kipp, a. a. O. S. 709 I, 1 an, welcher mit Recht (wegen des § 856 II) verlangt, daß aus der Handlungsweise ein ernster Entschluß entnommen werden können muß. Wenn Planck, ebenda, weiter bemerkt, das Aufgeben des Besitzes sei eine der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte fähige Rechtshandlung, und entgegen der Ansicht Gierkes die Geschäftsfähigkeit für die Besitzaufgebung ohne Unterschied verlangt, so ist dem nicht beizustimmen, insoweit es sich um den Besitz, als das possessorisch geschützte Verhältnis, handelt, und der Aufgebungswille in der Tatsache des Verlustes der Gewalt aufgeht. Handelt es sich um den Besitz in Hinsicht auf andere Wirkungen, welche einen Willen voraussetzen oder um solche Gestaltung der tatsächlichen Lage, daß der Wille in dem geminderten corpus des Verlustes der Gewalt nicht aufgeht, sondern als zweiseitige resp. einseitige Erklärung erscheint, dann trifft allerdings die Bemerkung Plancks zu. Ueber Besitzverlust und Besitzaufgabe vergl. auch Kniep, a. a. O. S. 264 ff., 284, 286.

Rede sein. Die Besitzschutzrechtsfolgen treten ein, weil tatsächliche Gewalt bei einer Person über eine Sache de facto vorhanden ist. Daher ist der Erwerb des unmittelbaren Besitzes — quoad exsistentiam suam — originär[44]).

Diesen Standpunkt halten wir fest auch in Bezug auf diejenigen Fälle (§ 854 II), bei denen es zur Charakterisierung der tatsächlichen Herrschaft neben einer geeigneten Sachlage auf die Einigung des bisherigen Besitzers mit dem Erwerber ankommt. Auch diese Einigung erscheint in unseren Augen quoad exsistentiam possessionis nicht als ein selbständiges, der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis, sondern lediglich als Voraussetzung derselben. Die Rechtsfolgen knüpfen sich an die tatsächliche Gewalt und sind keineswegs auf die Einigung zurückzuführen. Daher ist auch in solchen Fällen von Succession in den Besitz keine Rede[45]). Wenn aber auch für die Qualität des Erwerbes des Besitzes auf seiten des neuen

---

44) So hat Lehmann recht, wenn er a. a. O. § 21 Ziff. 4 sagt: Nachfolge in den tatsächlichen Besitz eines Vorbesitzers ist logisch unmöglich. Der faktische Besitzerwerb vollzieht sich stets originär.

45) Anders die Schrift Strohals, „Succession in den Besitz", welcher gerade für solche Fälle den Terminus Succession anwendet. Vergl. auch von Piniński, a. a. O. S. 10, 61 ff. Anders auch die Ansicht derjenigen, welche in den Fällen des § 854 II keine wirklich vorhandene tatsächliche Gewalt annehmen, wie z. B. Biermann, a. a. O. Anm. 2 und 7 zu § 854 gegen Planck; Kober, a. a. O. S. 9, 26, welcher in der Einigung des § 854 II eine Uebertragung des Besitzes als Besitzrechtes erblickt. Diese Ansichten teilen wir nicht, wegen der unten im § 7 anzugebenden Gründe. Aus einem anderen Grunde als Kober spricht Strohal, Der Sachbesitz 2c., Anm. 83 (vergl. auch S. 60 ff.) von einem derivativen Erwerb des Besitzes. Hiergegen sei bemerkt: Daß eine Voraussetzung des Besitzerwerbs, auf Grund des § 854 II, das Vorhandensein des unmittelbaren Besitzes beim Vormann ist, und daß der Besitz des Nachmanns nach dem Umfang des Besitzes des Vormanns zu beurteilen ist, ändert nichts an der Natur des Erwerbes.

Erwerbers der in der Einigung sich manifestierende Parteiwille unerheblich ist und daher der Besitz — quoad exsistentiam suam — originär erworben ist, so ist doch die Einigung für die Wirksamkeit des Erwerbes von hervorragender Bedeutung. Demgemäß kann mit Fug und Recht in solchen Fällen von einer Uebertragung des Besitzes die Rede sein; wohl zu merken, von einer Uebertragung in der am Anfang dieses Paragraphen angegebenen Bedeutung.

Es sei hier ferner bemerkt, daß in solchen Fällen, d. h. in Fällen, in denen das mangelhafte corpus — die nur die Möglichkeit der Ausübung der Gewalt gewährende Sachlage — durch die Supplierung des Besitzwillens zum Besitz gestempelt wird, der Besitz nicht nur durch eine bedingte Aufgebungswillenserklärung, d. h. durch Uebertragung, sondern auch durch die Aeußerung eines unbedingten Aufgebungswillens beendigt wird[46].

Es erübrigt sich noch die Frage der Besitzaufgabe in betreff der Fälle des mittelbaren Besitzes zu erörtern. In dieser Hinsicht haben wir bereits gesehen, daß es nicht ankommt auf eine tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers, sondern nur darauf, daß an das zwischen dem mittelbaren und dem vermittelnden Besitzer bestehende Rechtsverhältnis die Existenz des Besitzes geknüpft wird; daß ferner dieses Verhältnis als ein objektiv-obligatorisches aufzufassen ist. Daraus wird aber ersichtlich, daß der Parteiwille für die Begründung, Existenz und Beendigung des mittelbaren Besitzes rechtlich bedeutsam ist. Demgemäß kann hier von einer Uebertragung des Besitzes füglich

46) So Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 856. Dieser Fall bildet das Gegenstück der Eigentumsdereliktion, auf welches in entsprechender Weise aber innerhalb gewisser Grenzen die für diese geltenden Grundsätze zur Anwendung gebracht werden können. Ihm ist der Fall der Aufgebung des kraft § 857 eintretenden Besitzes gleichzustellen. Vergl. auch Strohal, Der Sachbesitz ꝛc., S. 108.

die Rede sein. Unter diese Uebertragung fallen namentlich folgende Fälle.

1) Die eigentliche Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 870). Man könnte diese Uebertragung als eine transferierende (übertragende) bezeichnen und darunter diejenige Willenserklärung verstehen, welche darauf gerichtet ist, eine Veränderung des Subjekts des Besitzverhältnisses als einer Rechtsposition herbeizuführen und zwar in dem Sinne, daß die von der Rechtsordnung auf Grund des mittelbaren Besitztatbestandes erlassenen Befehle an einen neuen Willen als Gegenstand angeknüpft werden [47].

2) Die Begründung des mittelbaren Besitzverhältnisses im Wege des constitutum possessorium. Man könnte diese Uebertragung eine konstituierende (begründende) nennen und darunter diejenige Willenserklärung verstehen, durch welche der unmittelbare Besitzer einen neuen, mittelbaren, Oberbesitzer anerkennt, dem gegenüber er auf Zeit zum Besitz verpflichtet oder auch nur berechtigt wird [48].

3) Die Aufgabe des mittelbaren Besitzes im Wege der brevi manu traditio. Man könnte diese Uebertragung eine alterierende (umwandelnde) nennen und darunter diejenige Willenserklärung verstehen, durch welche der bisherige mittelbare Besitzer seinen Besitz mit der Wirkung aufgibt, daß der Besitzmittler Alleinbesitzer wird, resp. der mittelbare Besitzer dem Aufgebenden gegenüber von der Rückgabepflicht befreit wird [49].

---

47) Vergl. Windscheid, a. a. O. § 64 Anm. 6 a. E.

48) B.G.B. § 868. Entsprechendes gilt auch für die Begründung eines entfernteren mittelbaren Besitzes gemäß § 871.

49) Eine ganz eigentümliche Auffassung dieses Falles stellt Weidemann, Dis. cit. S. 65 auf, indem er behauptet, daß der Oberbesitz auf

Zum Schluß sei hier noch die Frage erörtert: ist in Bezug auf den mittelbaren Besitz eine unbedingte Aufgabe möglich? Gewiß ist diese Frage zu bejahen. Da aber zum Tatbestande des mittelbaren Besitzverhältnisses ein obligatorisches Verhältnis gehört, so müssen die für die Aufhebung von Obligationen geltenden Grundsätze in Anwendung gebracht werden. Eine unbedingte Aufgabe ohne Beendigung dieses Verhältnisses wäre ein absurdum.

b) Was die Qualität des Besitzes als eines possessorisch geschützten anbetrifft, d. h. was die Vitiosität des Besitzes angeht, haben wir zu bemerken, daß wir auf eine Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz insoweit verzichten müssen, als in den Fällen, in welchen der possessorische Schutz dem mittelbaren Besitzer zusteht, vorausgesetzt wird, daß die betreffende Handlung den Charakter der Vitiosität gegenüber dem unmittelbaren Besitzer trägt. Dies besagt ausdrücklich der § 869[50]). Die dem mittelbaren Besitzer sonst zu gewährenden Besitzschutzmittel stehen ihm nicht zu, wenn die betreffende Handlung den Charakter der Vitiosität dem Besitzmittler gegenüber nicht trägt, d. h. wenn sie mit dessen Willen vorgenommen

den Besitzvermittler übertragen, nicht aufgegeben wird; dies nimmt er deshalb an, weil sonst die Ansicht, daß der mittelbare Besitz schlechthin wegfalle, zu praktisch verkehrten Resultaten in Beziehung auf den guten Glauben führen würde. Diese Furcht scheint uns aber chimärisch zu sein, denn in den Fällen, wo es auf den guten Glauben ankommt, stellt das B.G.B. entweder dieses Erfordernis für die Zeit der Einigung auf (vergl. z. B. § 932 I) und nicht für die der Erlangung des unmittelbaren Besitzes, oder er stellt den Satz auf, daß mala fides superveniens nocet (§ 937 II). Es ist eine Frage für sich, innerhalb welcher Grenzen das B.G.B. die im Text unter 2 und 3 behandelten Begründungs- und Aufgebungsarten gestattet. Vergl. hierüber Planck, a. a. O. Anm. 6 zu § 854; Endemann, a. a. O. § 35 S. 145 ff.; Kipp, a. a. O. S. 690 b u. c; Cosack, a. a. O. § 187 I 2 b u. I 8. Unsere Ansichten werden unten im § 6 zum Ausdruck gelangen.

50) Vergl. Kipp, a. a. O. S. 739 II.

worden ist; konsequenterweise gibt es gegen den Besitzmittler selbst keinen possessorischen Schutz[51]). Allerdings, wenn die oben besprochene Voraussetzung zutrifft, kann es insoweit auf den Willen des mittelbaren Besitzers selbst ankommen, als der mittelbare Besitzer die Besitzschutzmittel nicht hat, falls er der Vornahme der betreffenden Handlung zugestimmt hatte[52]). In solchem Falle würde bei einer Entziehung des Besitzes für die Existenz, resp. Beendigung des mittelbaren Besitzes die Zustimmung des mittelbaren Besitzers unerheblich sein, da der mittelbare Besitz dadurch beendigt sein würde, daß die tatsächliche Gewalt dem Besitzmittler verloren gegangen wäre[53]). Für die Anwendung aber der Besitzschutzmittel würde die Zustimmung bedeutend sein. Nur in dieser Beziehung könnte auch hier von einer Uebertragung des mittelbaren Besitzes die Rede sein.

Betreffs des unmittelbaren Besitzes haben wir bereits gesehen, daß — quoad exsistentiam ejus — von einer Uebertragung nur in den Fällen des § 854 II die Rede sein kann, weil sonst der Parteiwille unerheblich ist. Da aber zum Tatbestande der Besitzstörungs- resp. Entziehungshandlung nach § 858 I der Wille des Besitzers insoweit gehört, als eine ohne oder wider dessen Willen vorgenommene Handlung dieser Art verbotene Eigenmacht bildet, so können wir konventioneller Weise auch hier von einer Besitzübertragung reden. Unter Besitzübertragung verstehen wir hier die Zustimmung des Be-

51) So Strohal, Der Sachbesitz 2c., S. 52, 121, 122, 134; Biermann, Anm. 2 und 3 zu § 869; Cosack, a. a. O. § 190 III. 2 c γ. Dies ist auch die Ansicht Kleins Dis. cit.; anderer Meinung Gierke, a. a. O. S. 7 Anm. 15, Weidemann, Dis. cit.; Kniep, a. a. O. S. 9, 122 f., 315 f., 414, 465.

52) Vergl. Kipp, a. a. O. S. 722, 2 und 739 II 1.

53) Der mittelbare Besitz könnte zwar weiter, aber als ein neuer mittelbarer Besitz existieren, indem es zwischen dem neuen Erwerber des unmittelbaren Besitzes und dem früheren mittelbaren Besitzer zu einer konstituierenden Uebertragung kommt.

sitzers zu der Entziehungshandlung eines Dritten. Da diese Entziehungshandlung den Besitz des Zustimmenden beendigt, so erscheint hier die Beendigung des Besitzes, der tatsächlichen Gewalt, als eine gewollte, folglich als eine Aufgabe des Besitzes. Eine in dieser Beziehung rechtlich bedeutende Aufgabe kann sowohl als eine bedingte (Uebertragung) wie als eine unbedingte verstanden werden [54]).

Um dies näher zu begründen, sei hier noch folgendes bemerkt in Hinsicht auf die Frage, ob die Besitzaufgabe einer Bedingung fähig ist. Eine Bedingung oder Begrenzung des Parteiwillens ist nur da zulässig, wo es auf den erklärten Willen der Partei ankommt, um eine Rechtswirkung eintreten zu lassen oder nicht. Wo es hingegen darauf nicht ankommt, kann überhaupt von einer Bedingung oder Begrenzung desselben keine Rede sein. In den Besitzfragen kommt es nicht immer auf den Besitzwillen an. Wo es darauf ankommt und wo es folglich auf eine Aufgabe des Besitzes ankommt, da geschieht es aus folgenden Rücksichten.

1) Keinem soll sein Besitz aufgezwungen werden [55]).

---

54) Wenn wir hier von Uebertragung sprechen, so wollen wir nicht damit sagen, daß die einfache Zustimmung auch eine Uebertragung des Besitzes im Sinne des unten sub II c zu Sagenden sei. Zur Uebertragung gehört vielmehr die Einräumung des Besitzes von seiten des bisherigen Besitzers animo transferendae possessionis und die entsprechende Ergreifung desselben von seiten des Erwerbers. Ueber die juristische Konstruktion vergl. Motive, ebenda S. 89 ff.

55) Daraus erklärt sich das oben Anm. 46 Bemerkte. Wenn jemand seinen Besitz zu Gunsten eines Dritten beendigen kann durch bedingte Aufgabe, kann er ihn desto mehr beendigen durch unbedingte Aufgabe, durch Dereliktion. Der Sache nach ist die Besitzaufgabe in solchen Fällen (mit Ausnahme der des § 857) eine Aufgebung der tatsächlichen Gewalt. Besitzaufgabe und Aufgebung der tatsächlichen Gewalt sind Begriffe von ungleicher Breite. Wir sprechen von Besitzaufgabe in Hinsicht auf gewisse Rechtswirkungen, welche an die Aufgebung des Besitzes geknüpft werden, wie z. B. in §§ 303, 959, auch im Falle, daß die tatsächliche Gewalt be-

2) Dem Parteiwillen ist es überlassen, über die ihn angehenden Interessen zu verfügen. Privatinteressen sind auch an den Besitz geknüpft. Dem Parteiwillen ist es daher überlassen, durch die Herbeiführung der geeigneten tatsächlichen Sachlage über seine an dieselbe geknüpften Interessen zu verfügen. Die darauf gerichtete Handlung ist keiner Bedingung oder Begrenzung fähig, denn das Entscheidende dabei ist die Existenz der tatsächlichen Sachlage. Der Verfügungswille aber, welcher der Sachlage die Qualität einer mit dem Willen und im Interesse des sie herbeiführenden Urhebers vorgenommenen verleiht, ist souverän und kann selber die Zeit und die Grenzen seiner Wirksamkeit bestimmen. Dem Parteiwillen die Souveränität in dieser Hinsicht abzusprechen, dafür haben wir keinen rechtfertigenden Grund. Ein solcher Grund wäre das soziale Element im Besitze. Allein, wie wir bereits gesehen haben, erschöpft sich das soziale Element in der Frage nach der Existenz des Besitzes. Die Gesellschaft hat ein Interesse daran, daß die Besitzverhältnisse klar dastehen; daß man weiß, wem Besitz zusteht und wem nicht, und daher sagt das Gesetz: Wer die tatsächliche Gewalt erlangt hat, der hat den Besitz, und: wer die tatsächliche Gewalt verloren hat, der hat keinen Besitz mehr. Ob er die Begründung oder die Beendigung des Besitzes gewollt hat, ist unerheblich. Er hat den Besitz trotzdem oder er hat ihn trotzdem nicht[56].

reits verloren gegangen ist, und der frühere Besitzer später den Willen äußert, die Sache müsse so behandelt werden, als wie wenn der Besitzverlust auf seinem Willen beruhe. So ist auch das Verhältnis zu verstehen in Bezug auf die Anwendung des § 1007 III gegenüber abhanden gekommenen Sachen. Daß der Abs. III des § 1007 auch auf solche Sachen Anwendung finden muß, ergibt sich aus seiner Stellung nach dem Abs. II. Gierke, „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes rc.", S. 59 Anm. 38 hat diesen Unterschied zwischen Aufgabe der tatsächlichen Gewalt und Besitzaufgabe übersehen.

56) Den sozialen Charakter der Frage nach der Existenz des Besitzes

Darüber hinaus hat die Rechtsordnung kein Interesse; das Recht legt sich die Pflicht auf, die Privatinteressen zu schützen, und diesen Zweck verfolgt es durch die Gewährung der Besitzschutzmittel. Die Privatinteressen werden aber geschützt, indem dem Parteiwillen die Souveränität zuerkannt wird, d. h. die Befugnis, die Grenzen seiner Wirksamkeit selber zu setzen.

II. a)[57] In Hinsicht darauf, daß der Besitz unter gewissen Voraussetzungen zur Begründung von dinglichen Rechten dient, sei hier folgendes hervorgehoben. Dem Parteiwillen wird die Befugnis zuerkannt, den Zweck und die Grenzen seiner Wirksamkeit in Beziehung auf die Verfügung über Privatinteressen selber zu setzen. Die Gebiete, in welchen die Selbstbestimmungsbefugnis des Parteiwillens an den Tag tritt, sind folgende: Aneignung (§ 958), Ersitzung (§ 937, vergl. §§ 900, 927, 1033), unbedingte Aufgabe (§ 959) und endlich bedingte Aufgabe, d. h. Einigung über die Begründung des Besitzverhältnisses auf seiten des neuen Erwerbers (vergl. z. B. die §§ 929 ff., 1032, 1205; §§ 1117, 1154, 1292). In diesem letzten Fall kann man von einer Besitzübertragung reden, oder genauer gesagt, von einem Besitzerwerb mittelst Uebergabe. In allen diesen Fällen treten die vom Gesetze normierten Rechtswirkungen deshalb und insoweit ein, weil und als dieselben vom Parteiwillen gewollt waren.

b) Das oben Gesagte gilt auch für die Fälle, in denen die Uebergabe des Besitzes den Gegenstand einer Obligation bildet, wie es beispielsweise in folgenden Paragraphen vorkommt: 346, 433 I, 498 I, 535, 536, 549 II, 556—557, 581 I, 589 I, 591, 598, 604, 640, 667, 688, 691, 697,

---

teilt auch selbstverständlich das Störungsverbot, welches die Aufrechterhaltung des existierenden Besitzes wahrnimmt (vergl. auch das in der Anm. 17 Gesagte).

57) Vergl. Motive, ebenda und S. 92 ff.

701 II, 703, 706, 732, 738 2c. Wenn wir den Fall der Uebertragung sub a) von den Fällen sub b) unterscheiden, so liegt der Grund davon in der Verschiedenheit der causa traditionis. Auf eine Tradition kommt es immerhin an.

c) Auf eine Tradition kommt es ebenfalls an (ohne Rücksicht auf die causa traditionis) in gewissen Fällen, wo an die Rechtsnachfolge in den Besitz gewisse Rechtswirkungen geknüpft werden, wie z. B. in den §§ 221, 943, 999.

Für alle diese Fälle (sub a, b, c) gilt das oben zu a) Bemerkte [58]).

---

58) Hier kann man auch von einer Succession in den Besitz sprechen, wenn man darunter nichts weiter versteht als das, was Kipp, a. a. O. S. 697 lehrt. Vergl. auch die Auseinandersetzungen bei v. Piniński, a. a. O. S. 12; Strohal, Der Sachbesitz 2c., S. 59, 60 ff.; Hellwig, a. a. O. § 36. Zu der Annahme einer Nachfolge in den Besitz ist man gelangt durch die Ansicht, daß der Besitz eine Rechtsstellung ist, indem man den Besitz von seiner tatsächlichen Grundlage loslöste. Auf diesen Gedanken führt die Nachfolge zurück Endemann, a. a. O. § 35 S. 143; analog denkt Cosack, a. a. O. § 185 II. Sehr eigentümlich denkt Kniep, a. a. O. S. 108, 179, 184 ff., 187, 188, 196 ff. vom Begriff und den Fällen der Succession in den Besitz. Kniep meint, im Falle des § 854 II sei ein körperliches Verhältnis nach § 854 I vorhanden, im Falle des § 857 sei nur ein Besitzanspruch gegeben. Beide Meinungen sind falsch. Es ist nicht richtig, dem Gesetzgeber zuzumuten, daß er durch §§ 854 II und 857 bereits statuierte Normen wiederhole. Denn es wäre nach Kniep eine Wiederholung des § 854 I der § 854 II, und der § 857 würde nichts weiter besagen, als die bekannte Sache, daß der Erbe einen Besitzanspruch habe. Unseres Erachtens liegt der Fehler der Kniepschen Ansicht in dem Umstande, daß er nicht unterscheidet zwischen Anspruch auf Besitz und Anspruch auf Grund des Besitzes (vergl. die Verworrenheit der Ausführungen Knieps auf S. 186/87). Der Anspruch aus § 861 hat den Besitz als Grundlage und nicht den Anspruch auf Besitz. Der Erbe muß Besitz haben, um den Anspruch zu erheben. Dies rechtfertigt die Bestimmung im § 857. In Hinsicht auf diesen Paragraphen schließen wir uns den Strohalschen Ansichten an, die Kniep nicht zu bekämpfen vermochte. Ueber die tatsächliche Lage im Falle des § 854 II vergl. unten Anm. 89. Gegen die Auffassung des Besitzes als einer Rechtsposition Planck, a. a O. Anm. 2 zu § 857.

§ 4. Rechtsgeschäft und Rechtshandlung[59]).

Diese beiden Erscheinungen gehören zu den sog. juristischen Tatsachen, d. h. zu denjenigen Tatbestandsmomenten, an welche die Rechtsordnung die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung des Rechts anknüpft[60]). Beide sind Handlungen, d. h. sie sind von Bedeutung als durch den Willen einer Person bedingte Tatsachen[61]). Sie unterscheiden sich aber scharf von-

Planck will nur von einer dem Erben des Besitzers beigelegten besitzähnlichen Rechtsstellung geredet wissen und nichts von einer Rechtsposition, die der Erblasser infolge des Besitzes innegehabt hatte. Ueber die gemeinrechtliche Literatur vergl. Windscheid, a. a. O. § 153 Anm. 10. Es ist eine Frage für sich, ob das Besitzverschaffungsgeschäft ein abstraktes ist. Letzteres wird bestritten. Vergl. hierüber Hellwig, ebenda, dessen Ansicht wir uns anschließen.

59) Man vergl. Windscheid, a. a. O. § 67 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht, §§ 32, 33; Gareis, Der allgemeine Teil des B.G.B., S. 106 ff.; Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B., S. 234 ff.; Planck, a. a. O., 1. Bd. S. 179 ff.; Kipp, a. a. O. S. 265 Anm. a; Fischer-Henle, B.G.B. 6. Aufl. Anm. * vor § 104, Cretschmar, a. a. O. Bd. 1 S. 31 ff.; Crome, System des deutschen bürg. Rechts, Bd. 1 § 71 ff.; Haidlen, B.G.B., Bd. 1 S. 112; Manigk, a. a. O. S. 19, 30 und passim; Eltzbacher, op. cit., welcher allerdings zu weit geht, wenn er behauptet (S. 213), daß die tatsächliche Gewalt, ihre Erlangung und ihr Verlust an und für sich keine Handlungen, sondern bloße Naturtatsachen seien.

60) Durch diese Formulierung soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es Rechtswirkungen gibt, die mit den angegebenen Beziehungen zum subjektiven Recht nicht zusammenfallen; vergl. hierüber die Ausführungen bei Manigk, ebenda S. 14—16.

61) Sofern sie von rechtlicher Bedeutung sind, könnte man sie in einem Oberbegriff Rechtshandlungen zusammenfassen (wobei zum Gegensatz zu den Rechtsgeschäften von Rechtshandlungen im engeren Sinne geredet werden könnte) und sie den unerlaubten Handlungen entgegenstellen. Gewöhnlich stellt man die Rechtshandlungen im engeren Sinne mit den unerlaubten Handlungen zusammen den Rechtsgeschäften gegenüber. Dies halten wir nicht für richtig, da es bei den unerlaubten Handlungen auf den Kausalnexus zwischen Wille und Erfolg ankommt, was bei den Rechtshandlungen nicht notwendigerweise zuzutreffen braucht. Daher wird bei

einander dadurch, daß das Rechtsgeschäft eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Handlung enthält, wobei die Rechtswirkung deswegen eintritt, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist[62]); mit anderen

unerlaubten Handlungen das Erfordernis einer Deliktsfähigkeit aufgestellt, während für Rechtshandlungen eine besondere Handlungsfähigkeit nicht festgesetzt ist (mit wenigen Ausnahmen; vergl. B.G.B. § 8). Allerdings könnte man dagegen einwenden, daß die Rechtswirkung bei einer unerlaubten Handlung sich nicht mit dem erstrebten Erfolg deckt, und daß der erstrebte Erfolg nur eine Voraussetzung des Eintritts der Rechtswirkung bildet, welche Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde die Rechtswirkung wollte oder nicht, eintritt. Diese Verknüpfung von Rechtswirkung und Handlung ist aber auch den Rechtshandlungen im engeren Sinne gemein.

62) Vergl. Motive 2c., Bd. 1 S. 126 ff.; Fischer-Henle, a. a. O.; Gareis, a. a. O. S. 107 Ziff. 4; Manigk, a. a. O. S. 20, 21, 94. Für das Wollen der Rechtswirkung ist genügend, daß dieselbe auch nur durch die Bezeichnung der durch sie vermittelten wirtschaftlichen Folgen konkretisiert sei (Manigk, ebenda S. 45). Die auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Handlung wird als Willenserklärung bezeichnet. Wohl zu merken ist dabei, daß nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft darstellt, da zum Begriff des Rechtsgeschäftes der Kausalnexus zwischen Willenserklärung und Erfolg erforderlich ist. Vergl. hierüber Hölder, a. a. O. S. 239: Zwischen den gesetzlichen Bezeichnungen des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung besteht der Unterschied, daß nur die erste auf die rechtliche Geltung des Geschäftes oder Erklärungsinhalts hinweist. Vergl. Manigk, a. a. O. S. 90 und 98, wo er vorschlägt, die Vorstellungsmitteilungen zusammen mit den Rechtshandlungen zu untersuchen; vergl. auch Crome, a. a. O. § 72 S. 319. Zu den derartigen Willenserklärungen, die keine Rechtsgeschäfte sind, gehören ferner aus der Besitzlehre diejenigen, welche quoad possessionem den Besitz nicht herbeiführen, welche aber, da sie in anderer Hinsicht rechtsbedeutend sind, der entsprechenden Anwendung von rechtsgeschäftlichen Normen unterworfen sind. Eine andere Frage ist es, ob jedes Rechtsgeschäft notwendigerweise eine Willenserklärung enthalten muß. Dies wird in der erwähnten Schrift von Manigk bestritten. In der uns beschäftigenden Unterscheidung hat Leonhard (Der allgemeine Teil des B.G.B., erschienen als X. Band in dem Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen) folgende eigentümlichen Ansichten vertreten. Er unterscheidet nämlich Rechtsgeschäfte im weiteren Sinne, die begrifflich sich als Grenzbestimmungen für die eigenen Herrschaftskreise dar-

Worten, das Rechtsgeschäft ist ein in den Händen der Partei dienstbares Mittel zur Betätigung der dem Parteiwillen zustehenden schöpferischen Gewalt [63]); während die an die Rechtshandlung geknüpfte Rechtswirkung unabhängig von dem Umstande ist, ob der Wille auf ihre Herbeiführung gerichtet war. Daher ist beim Rechtsgeschäfte der sog. innere oder Erfolgswille von Bedeutung; bei der Rechtshandlung ist es hingegen der durch den Willen bewirkte äußere, tatsächliche Zustand, der Effekt [64]); und zwar entweder der Vorgang der Herbeiführung

stellen (S. 253); Rechtsgeschäfte im engeren Sinne, welche eine Willensmitteilung, nicht bloß Willensäußerung, in sich schließen (ebenda) und zu definieren seien, als die einer Wahrnehmung bedürftigen privatrechtlichen Willensäußerungen (Bestimmungen) über die Grenzen eines Herrschaftskreises (S. 254); den Rechtsgeschäften im engeren Sinne stellt er Rechtshandlungen entgegen, welche zerfallen in a) Akte der Privatautonomie nach außen, die der Kenntnisnahme nicht bedürfen; diese sind den Rechtsgeschäften ähnlich (S 258). Beispiele nach Leonhard: aa) Die Besitzergreifung nach röm. Recht und, nach heutigem Recht, der bewußte Besitzerwerb (daher gäbe es bei dieser Rechtshandlung Vertretungen, wenn auch keine Formvorschriften, Vollmachten, Auslegungsregeln, Bedingungen, Anfechtungserklärungen u. dgl., S. 259), bb) die Spezifikation, cc) die Dereliktion, dd) die Erwählung eines Wohnsitzes und die Preisgabe eines solchen (hierbei könne von Auslegungsregeln, Vollmachten, Bedingungen oder Anfechtungen nicht die Rede sein, wohl aber von Stellvertretungen, S. 260 f.); b) Akte, die den Rechtsgeschäften nicht verwandt sind, so der sog. Gründungsvertrag und Aufhebungsvertrag bei Vereinen, ferner die Bestimmung einer Sache zum Zubehörstücke (S. 261), auch die Rechtsausübungen innerhalb des eigenen Herrschaftskreises und die unerlaubten Handlungen (S. 258). Die Unterscheidungen von Leonhard sind insoweit richtig, als sie die Bedeutung der Privatautonomie betonen. Nicht richtig ist es aber, wenn Leonhard die Fälle zusammenwirft, in denen auf Grund eines gegebenen Tatbestandes Rechtswirkungen eintreten nach dem Willen und ohne Rücksicht auf den Willen der Partei, so z. B. bei dem Besitzerwerbe. Andererseits ist es nicht richtig, daß die Spezifikation der Anwendung von rechtsgeschäftlichen Grundsätzen fähig sei.

63) Vergl. Crome, a. a. O. § 71 S. 316; Manigk, a. a. O. S. 19.

64) Vergl. Fischer-Henle, ebenda; Gareis, a. a. O. S. 105,

des Effektes durch die Handlung (z. B. in §§ 7, 950), oder der tatsächliche Effekt selbst (z. B. in den §§ 854, 856, 946 bis 948). In diesem letzten Fall ist sogar für das Recht gleichgültig, ob der Effekt auf einer Handlung beruht [65]).

Aus dem besprochenen Gegensatz folgt, daß diejenigen rechtlichen Bestimmungen, welche zum Zwecke der Durchführung des inneren Willens aufgestellt sind — wir meinen die über Willensmängel — einer Anwendung auf Rechtshandlungen prinzipiell unfähig sind [66]).

Wie dieser Satz im Gebiete der Besitzlehre anzuwenden ist, wird sich aus der weiteren Darstellung ergeben. Vorausgeschickt sei hier nur noch: Die Bestimmungen des B.G.B. über Rechtsgeschäfte müssen für alle Rechtshandlungen (Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen im engeren Sinne) gelten, soweit nicht aus dem Inhalt der einzelnen Bestimmung im Ver-

---

(Beispiele von Rechtshandlungen daselbst. Beide führen jedoch mit Unrecht den § 856 nicht an); Manigk, a. a. O. S. 80.

65) Dies betont mit Recht Manigk, a. a. O. S. 119, 151, 165, 193 f. Diese Unterscheidung ist auch praktisch verwendbar; darauf scheinen die Ausführungen Hölders, a. a. O. S. 237 zu zielen: Allgemeine Bestimmungen über Handlungen enthält das B.G.B. nicht. Soweit daher ein menschliches Verhalten rechtliche Bedeutung weder als Rechtsakt noch als Delikt hat, ist die Frage, ob es eine Handlung ist, nach dem B.G.B. ohne rechtliche Bedeutung. Da insbesondere dieses nicht den allgemeinen Begriff der Handlungsfähigkeit, sondern nur die zwei besonderen Begriffe der Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit kennt, so kommt für die rechtliche Bedeutung eines weder zu den Rechtsakten noch zu den Delikten gehörenden Verhaltens die gesetzliche Fähigkeit zu seiner rechtswirksamen Beobachtung nur insoweit in Frage, als entweder das Gesetz dieses Erfordernis bestimmt (wie z. B. bezüglich der Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes) oder das in Frage stehende Verhalten in Gemäßheit seiner rechtlichen Bedeutung gemeint ist, als ein durch den Willen der Person bestimmtes.

66) So Motive cit. Bd. 3 S. 82 f. Ueber die Anwendung der Grundsätze über Geschäftsfähigkeit, wie über das Erfordernis einer sonstigen Fähigkeit vergl. Gareis, a. a. O. S. 112—113.

Worten, das Rechtsgeschäft ist ein in den Händen der Partei dienstbares Mittel zur Betätigung der dem Parteiwillen zustehenden schöpferischen Gewalt [63]); während die an die Rechtshandlung geknüpfte Rechtswirkung unabhängig von dem Umstande ist, ob der Wille auf ihre Herbeiführung gerichtet war. Daher ist beim Rechtsgeschäfte der sog. innere oder Erfolgswille von Bedeutung; bei der Rechtshandlung ist es hingegen der durch den Willen bewirkte äußere, tatsächliche Zustand, der Effekt [64]); und zwar entweder der Vorgang der Herbeiführung

---

stellen (S. 253); Rechtsgeschäfte im engeren Sinne, welche eine Willensmitteilung, nicht bloß Willensäußerung, in sich schließen (ebenda) und zu definieren seien, als die einer Wahrnehmung bedürftigen privatrechtlichen Willensäußerungen (Bestimmungen) über die Grenzen eines Herrschaftskreises (S. 254); den Rechtsgeschäften im engeren Sinne stellt er Rechtshandlungen entgegen, welche zerfallen in a) Akte der Privatautonomie nach außen, die der Kenntnisnahme nicht bedürfen; diese sind den Rechtsgeschäften ähnlich (S. 258). Beispiele nach Leonhard: aa) Die Besitzergreifung nach röm. Recht und, nach heutigem Recht, der bewußte Besitzerwerb (daher gäbe es bei dieser Rechtshandlung Vertretungen, wenn auch keine Formvorschriften, Vollmachten, Auslegungsregeln, Bedingungen, Anfechtungserklärungen u. dgl., S. 259), bb) die Spezifikation, cc) die Dereliktion, dd) die Erwählung eines Wohnsitzes und die Preisgabe eines solchen (hierbei könne von Auslegungsregeln, Vollmachten, Bedingungen oder Anfechtungen nicht die Rede sein, wohl aber von Stellvertretungen, S. 260 f); b) Akte, die den Rechtsgeschäften nicht verwandt sind, so der sog. Gründungsvertrag und Aufhebungsvertrag bei Vereinen, ferner die Bestimmung einer Sache zum Zubehörstücke (S. 261), auch die Rechtsausübungen innerhalb des eigenen Herrschaftskreises und die unerlaubten Handlungen (S. 258). Die Unterscheidungen von Leonhard sind insoweit richtig, als sie die Bedeutung der Privatautonomie betonen. Nicht richtig ist es aber, wenn Leonhard die Fälle zusammenwirft, in denen auf Grund eines gegebenen Tatbestandes Rechtswirkungen eintreten nach dem Willen und ohne Rücksicht auf den Willen der Partei, so z. B. bei dem Besitzerwerbe. Andererseits ist es nicht richtig, daß die Spezifikation der Anwendung von rechtsgeschäftlichen Grundsätzen fähig sei.

63) Vergl. Crome, a. a. O. § 71 S. 316; Manigk, a. a. O. S. 19.

64) Vergl. Fischer-Henle, ebenda; Gareis, a. a. O. S. 105,

des Effektes durch die Handlung (z. B. in §§ 7, 950), oder der tatsächliche Effekt selbst (z. B. in den §§ 854, 856, 946 bis 948). In diesem letzten Fall ist sogar für das Recht gleichgültig, ob der Effekt auf einer Handlung beruht [65]).

Aus dem besprochenen Gegensatz folgt, daß diejenigen rechtlichen Bestimmungen, welche zum Zwecke der Durchführung des inneren Willens aufgestellt sind — wir meinen die über Willensmängel — einer Anwendung auf Rechtshandlungen prinzipiell unfähig sind [66]).

Wie dieser Satz im Gebiete der Besitzlehre anzuwenden ist, wird sich aus der weiteren Darstellung ergeben. Vorausgeschickt sei hier nur noch: Die Bestimmungen des B.G.B. über Rechtsgeschäfte müssen für alle Rechtshandlungen (Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen im engeren Sinne) gelten, soweit nicht aus dem Inhalt der einzelnen Bestimmung im Ver-

---

(Beispiele von Rechtshandlungen daselbst. Beide führen jedoch mit Unrecht den § 856 nicht an); Manigk, a. a. O. S. 80.

65) Dies betont mit Recht Manigk, a. a. O. S. 119, 151, 165, 193 f. Diese Unterscheidung ist auch praktisch verwendbar; darauf scheinen die Ausführungen Hölders, a. a. O. S. 237 zu zielen: Allgemeine Bestimmungen über Handlungen enthält das B.G.B. nicht. Soweit daher ein menschliches Verhalten rechtliche Bedeutung weder als Rechtsakt noch als Delikt hat, ist die Frage, ob es eine Handlung ist, nach dem B.G.B. ohne rechtliche Bedeutung. Da insbesondere dieses nicht den allgemeinen Begriff der Handlungsfähigkeit, sondern nur die zwei besonderen Begriffe der Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit kennt, so kommt für die rechtliche Bedeutung eines weder zu den Rechtsakten noch zu den Delikten gehörenden Verhaltens die gesetzliche Fähigkeit zu seiner rechtswirksamen Beobachtung nur insoweit in Frage, als entweder das Gesetz dieses Erfordernis bestimmt (wie z. B. bezüglich der Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes) oder das in Frage stehende Verhalten in Gemäßheit seiner rechtlichen Bedeutung gemeint ist, als ein durch den Willen der Person bestimmtes.

66) So Motive cit. Bd. 3 S. 82 f. Ueber die Anwendung der Grundsätze über Geschäftsfähigkeit, wie über das Erfordernis einer sonstigen Fähigkeit vergl. Gareis, a. a. O. S. 112—113.

hältnis zu der Beschaffenheit des Tatbestandes sich das Gegenteil ergibt[67]). Da im Besitzinstitut Privatautonomie und soziales Interesse ineinandergreifen, d. h. da im Besitzinstitut Parteiwille und Tatsache ineinander geflochten sind, so scheint uns zweckmäßig zu sein, im einzelnen Fall zu untersuchen, auf welches Moment der Gesetzgeber für den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen Gewicht gelegt hat und auf welche Weise dieses Moment an den Tag tritt, so daß eine Frage über die Anwendbarkeit dieser oder jener Grundsätze überhaupt entstehe.

---

67) Vergl. hierzu Motive cit. Bd. 1 S. 127, Protokolle cit. Bd. 1 S. 55, 130. Die Anwendbarkeit rechtsgeschäftlicher Grundsätze überhaupt geben zu Fischer-Henle, a. a. O.; Manigk, ebenda S. 91 (vergl. dazu S. 159); Planck, a. a. O. S. 186 X: Die Erörterung der Frage (ob und welche der für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften oder etwa die Vorschriften über unerlaubte Handlungen sich zur entsprechenden Anwendung eignen) muß für jede einzelne Rechtshandlung besonders erfolgen. Leonhard, a. a. O. S. 258, unterscheidet hierbei 2 Fragen: a) Auf welche Rechtshandlungen lassen sich die Vorschriften der Rechtsgeschäfte analog anwenden? b) In welchen Punkten soll dies geschehen? Indem er die Beantwortung der 2. Frage sich bei den Einzelvorschriften über die Rechtsgeschäfte zu untersuchen vorbehält, stellt er für die Beantwortung der 1. Frage das Kriterium auf, ob die betr. Rechtshandlung ein Akt der Privatautonomie sei oder nicht; auf erstere finden die Grundsätze über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung. In diesen Ausführungen liegt ein gesunder Kern; allein Leonhard hat unrecht, wenn er für die Analogie bloß den Zweck der analog anzuwendenden Vorschrift in Betrachtung zieht und es unterläßt den Zweck zu prüfen, den der Gesetzgeber verfolgte, indem er bei Normierung der einzelnen Rechtshandlungen diesen oder jenen Tatbestand für erforderlich hielt; Leonhard setzt im Gegenteil voraus, daß dieser Zweck bei gewissen Rechtshandlungen gegeben ist, und daß er in der Privatautonomie besteht, was nicht immer zutrifft (vergl. das oben in Anm. 62 Gesagte). Dadurch werden aber die Grundlagen der Analogie nicht vollständig gewonnen. Um diese zu gewinnen, muß man die Rechtswirkungen der Rechtshandlungen selbständig betrachten und weiter betrachten, wie die Rechtswirkungen an den Tatbestand geknüpft werden, d. h. ob dabei auf den Willen Rücksicht genommen wird oder nicht.

§ 5. Anfechtbarkeit und Anfechtung[68]).

Die bezüglichen Bestimmungen sind im B.G.B. zum Zweck der Wahrung des inneren Willens getroffen worden. Dies ist dahin zu verstehen, daß sie die Folgen der fehlerhaften Erklärung oder des fehlerhaft motivierten Willens zu beseitigen bestimmt sind.

Die uns interessierenden Fälle der Anfechtbarkeit sind in den §§ 119, 120 und 123 angegeben. Die Voraussetzungen der Anfechtung je nach den verschiedenen dazu berechtigenden Gründen in den §§ 121, 124, 143 und 144. — Ein hieran sich anschließender Fall ist der der Verkürzung der Gläubiger[69]).

Die Wirkung der Anfechtung ist im § 142 bestimmt, dessen erster Absatz lautet: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen." Zusammenfassend können wir sagen, Bedingung der Anfechtung ist die Anfechtbarkeit der Willenserklärung, d. h. entweder fehlerhafte Erklärung des Willens (Divergenz zwischen Wille und Erklärung) oder Erklärung eines mit Fehlern behafteten Willens. Wirkung der Anfechtung ist das Nichteintreten der erstrebten rechtlichen Wirkungen, welche an das Vorhandensein des Willens geknüpft sind, oder genauer ausgedrückt, die Anfechtung bewirkt, daß für die erstrebten rechtlichen Wirkungen der erklärte Wille als nicht vorhanden angesehen wird und dies mit rückwirkender Kraft. Die Anfechtung ist die Verneinung oder Annullierung

---

68) Man vergl. darüber außer den Kommentaren zum B.G.B. in den diesbezüglichen Stellen auch Hellwig, a. a. O. § 16 S. 119 ff., dessen Ausführungen dahin gehen, daß die Anfechtung ein konstitutiver Rechtsakt sei, daher die Anfechtung einer Rechtsnachfolge einen Rückfall an den Anfechtenden bedeute, und der Rückerwerbende demnach Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten sei. Diese allerdings überraschende Auffassung, die dem § 142 I B.G.B. nicht entspricht, will Hellwig für das prozessuale Gebiet verwertet wissen.

69) Vergl. Kipp, a. a. O. Bd. 2 § 463 a.

der Geltung eines Willensinhaltes. Daher kann von Anfechtung nur da die Rede sein, wo es auf die Bezeichnung und Geltung eines bestimmten Inhaltes als eines gewollten ankommt [70]).

Wo es hingegen auf die Geltung eines Tatbestandes ankommt, zu dessen Bildung zwar ein Wille beigetragen hat, an welchen aber die Rechtswirkungen ungeachtet der Richtung dieses Willens angeknüpft werden, kann niemals von Anfechtung des Tatbestandes die Rede sein. Von einer Anfechtung des zur Bildung dieses Tatbestandes mitwirkenden Willens kann auch keine Rede sein, da die Rechtswirkungen sich nicht an den Willen, sondern an die eventuell von ihm geschaffene Tatsache knüpfen. Der Wille geht dabei in der Tatsache auf, inkorporiert sich sozusagen in der Tatsache; daher kann von Willensmängeln überhaupt keine Rede sein [71]).

70) Die Anfechtung kann erfolgen als Behauptung oder als Willenserklärung; im einen wie im anderen Falle ist sie aber nicht Anfechtung eines Tatbestandes, der durch dieselbe verneint würde oder wieder beseitigt werden sollte, sondern Anfechtung eines bestimmten Inhaltes als eines solchen, dessen rechtliche Geltung durch die Behauptung des Anfechtenden verneint oder durch die Willenserklärung desselben ausgeschlossen wird (Hölder, a. a. O. S. 239).

71) Dies ist auch der Standpunkt, den die Motive cit. Bd. 3 S. 82, 83 in Hinsicht auf den Besitzwillen vertreten: „Der Wille muß, da ein innerlicher Wille außer Betracht bleibt, äußerlich in der Besitzerwerbungshandlung zu Tage getreten sein. Die Kundgebung des Willens ist nicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, weil die rechtlichen Folgen des Wollens und Handelns bei der Besitzerwerbung ebenso wie bei der Verzeihung des scheidungsberechtigten Ehegatten, dem außergerichtlichen Geständnisse, der Anerkennung des § 169 ꝛc. unabhängig von dem Umstande sind, ob der Wille auf deren Herbeiführung gerichtet ist." „Die Besitzerwerbungshandlung (abgesehen vom Falle der Uebergabe) ist eine einseitige Rechtshandlung, welche nicht einer bestimmten Person gegenüber vorgenommen wird. Man wird sie also dem entsprechenden Rechtsgeschäfte zu vergleichen haben. Die Zahl der anwendbaren Vorschriften wird hierdurch eine sehr begrenzte und wird noch weiter dadurch begrenzt, daß die dem Willensdogma

Nun erscheint es, in Uebereinstimmung mit dem z. E. des vorigen Paragraphen Gesagten, als unsere Aufgabe, bei den folgenden Erörterungen in jedem Fall genau zu prüfen, an welche Tatsachen die auf den Besitz sich beziehenden Rechtswirkungen vom Gesetz geknüpft werden und in welcher Weise dies geschieht. Die in den vorangegangenen Paragraphen gemachten Ausführungen haben uns zu verschiedenen Ergebnissen geführt. Wir haben gesehen, daß es Rechtswirkungen gibt, welche mit der Entstehung oder Beendigung einer Tatsache von selbst und ohne jede Rücksicht auf einen Parteiwillen eintreten. So die Erlangung oder Beendigung des possessorisch geschützten Besitzes. Andererseits gibt es Rechtswirkungen, welche die auf eine bestimmte Weise erfolgte Entstehung oder Beendigung des Besitztatbestandes voraussetzen, nämlich die im Wege des konsensualen Besitzwechsels, oder der Aufgabe des Besitzes. Das Entstehen oder Bestehen dieser letzteren Wirkungen kann angefochten werden, das der ersteren aber prinzipiell nicht; jedoch kann es auch bezüglich dieser Wirkungen Fälle geben, wo die Entstehung oder Beendigung jener Tatsachen durch einen Willen bedingt ist und jener Wille als eine Willenserklärung sich offenbart und nicht einfach in der Tatsache aufgeht. Auch in diesen letzten Fällen kann demnach eine Anfechtung Platz greifen. Mag nun aber diese Prüfung zur Bejahung oder zur Verneinung der Anfechtung führen, jedenfalls ist es ein Gebot der Folgerichtigkeit, die Anfechtung entweder ganz, d. h. samt allen ihren Wirkungen zuzulassen oder ganz auszuschließen. Daher wird im Falle der Zulässigkeit der Anfechtung, falls die Anfechtung stattgefunden hat, der Wille für die von ihm erstrebten Rechtswirkungen als nicht vorhanden anzusehen sein.

---

entstammenten Vorschriften über Willensmängel kaum nach irgend einer Richtung hin passen." Uebereinstimmend Manigk, S. 167, 181 und passim.

Ausführung.

Untersuchung der eigentlichen Frage.

Die Resultate, welche durch die in den vorangegangenen Paragraphen gemachten Ausführungen gewonnen sind, bilden die nötige Unterlage zu den nächsten Erörterungen.

Dementsprechend werden diese auf der dort vorgenommenen Unterscheidung aufgebaut werden. Es wird I. zunächst zu prüfen sein, ob die Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung Anwendung finden, auf die Uebertragung des Besitzes als des possessorisch geschützten Verhältnisses der Person zur Sache; II. dann wird zu prüfen sein, ob die genannten Grundsätze Anwendung finden auf die Uebertragung des Besitzes, wo dieselbe die Voraussetzung der Begründung eines dinglichen Rechtes bildet; III. oder zur Tilgung einer Obligation dient; IV. oder zum Eintritt etwaiger anderer Rechtswirkungen erforderlich ist.

Im Gebiete des possessorischen Schutzes (I.) wird ferner zu unterscheiden sein zwischen den zwei Fragen a) nach der Existenz, b) nach der Vitiosität des Besitzes. Diese Unterscheidung findet fast keine Anwendung auf den mittelbaren Besitz; von ihm wird daher zuerst die Rede sein.

§ 6. Anfechtbarkeit der Uebertragung des mittelbaren Besitzes.

Wenn wir auf die oben im § 2 gemachten Ausführungen zurückgreifen, so ersehen wir, daß zum Begriff des mittelbaren Besitzes ein besonderes objektives Rechtsverhältnis gehört, vermöge dessen Besitzrecht oder Besitzpflicht auf Zeit entsteht. Daraus ist zu entnehmen, daß, soweit zur Erzeugung dieses

Verhältnisses der Parteiwille mitwirkt, dies im rechtsgeschäftlichen Wege zu geschehen hat [72]).

Was von der Entstehung gesagt worden ist, muß auch für die Aenderung und die Beendigung dieses Verhältnisses gelten. Die darauf sich beziehenden Willenserklärungen sind rechtsgeschäftlicher Natur, da sie die Entstehnng, Aenderung oder Beendigung eines mindestens relativen Besitzrechtes oder einer Besitzpflicht bezwecken, welche deshalb entstehen, übertragen oder beendigt werden, weil es die Parteien wollen. Aus der rechtsgeschäftlichen Natur des den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisses folgt, daß auf die Uebertragung des mittelbaren Besitzes die Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung Anwendung finden, und zwar auf die drei oben (§ 3) genannten Arten der Uebertragung, nämlich die transferierende [73]),

---

72) Wir sagen: soweit der Parteiwille mitwirkt; denn möglich ist es, daß dieses Verhältnis vom Gesetze selbst geschaffen wird. Beispiel: Die Verwahrungspflicht des Finders. Vergl. hierüber Kipp, a. a. O. S. 698, 1b; Bekker, a. a. O. S. 20, 21; Kniep, a. a. O. S. 153 ff.; Klein dis. cit., S. 65 ff. Die Frage ist eigentlich kontrovers. Vergl. die Ansichten von Strohal, Der Sachbesitz ꝛc., S. 22 ff.; Planck, a. a. O. Anm. 2 b β zu 868; Biermann, a. a. O. Anm. 2 zn § 868 und der von ihm zitierten. Endemann, a. a. O. § 32 Anm. 7 will hierbezüglich von einer engeren Interpretation des § 868 wissen. Wenn er aber sagt, § 972 ergäbe, daß der Verlierer nicht als Besitzer, sondern mit der Eigentumsklage vorgehen müsse, so ist dies kein Argument für Endemanns Ansicht, da der mittelbare Besitzer gegen den Besitzmittler nie als Besitzer vorgehen kann (so auch Endemann selbst, S. 128), es sei denn, daß man die Ansicht Gierkes annehmen wollte. Wenn Endemann ferner sagt, der Verlierer habe nach § 856 den Besitz endgültig verloren, so ist dem gegenüber zn sagen, daß es niemand bestreitet, daß der Verlierer seinen früheren Besitz endgültig verloren hat. Fraglich ist nur, ob nicht an Stelle des verlorenen Besitzes ein neuer (nämlich der mittelbare) Besitz eingetreten sei. In solchem Sinne könnte man mit Fug von einer Wiederherstellung des Besitzes reden.

73) Vergl. hierüber Cosack, a. a. O. § 187 I 2a; Fischer-Henle, a. a. O. zu § 170; Hellwig, a. a. O. § 36 Anm. 1a in

die konstituierende [74]) und die alterierende [75]). Die anzufechtende Willenserklärung ist die die Entstehung, den Uebergang oder die Beendigung des zwischen mittelbarem Besitzer und Besitz-

---

Bezug auf die Geschäftsfähigkeit. Ueber Besonderheiten bei der Uebergabe eines Rechtstitels oder der auf eine Sache lautenden Urkunde vergl. Endemann, a. a. O. § 34 S. 142; Strohal, Der Sachbesitz 2c., S. 94 ff.

74) Vergl. hierüber Cosack, a. a. O. § 187 I 2b; Endemann, a. a. O. § 35 Anm. 17: „Das Rechtsverhältnis bildet als causa detentionis die Grundlage der Einräumung des mittelbaren Besitzes. Der Vertragsschluß hierüber muß selbständig beurteilt werden und muß den geforderten inhaltlichen und formalen Voraussetzungen entsprechen. Nur die gültige Vereinbarung kann den Besitzübergang vermitteln." Man nimmt gewöhnlich an, daß das so gestaltete const. poss. nur da gestattet ist, wo der Besitzerwerb die Voraussetzung der Erlangung des Eigentums oder des Nießbrauchs an beweglichen Sachen bildet. So Planck, a. a. O. Anm. 6 zu § 854; Endemann, a. a. O. S. 146 f. Vergl. auch Strohal, Der Sachbesitz 2c., S. 92. Begrifflich ist aber wohl eine Uebertragung des Besitzes in abstracto, d. h. ohne Rücksicht auf die Verschaffung eines dinglichen Rechts möglich, da der Besitz in abstracto einen Vermögensgegenstand darstellt. So genügte z. B. im römischen Rechte die Verschaffung des Besitzes in abstracto zur Erfüllung der bezüglichen Verbindlichkeit des Verkäufers. Ob eine derartige Uebertragung vom B.G.B. anerkannt ist, hängt von der Erläuterung lediglich des § 868 ab und speziell von der Auffassung des erforderlichen Verhältnisses (vergl. das oben Gesagte S. 115 ff.). Wenn man aber mit Planck annimmt, daß dieses Verhältnis nur subjektiv aufzufassen ist, so kann man überhaupt nicht von einer Begrenzung der Fälle des const. poss. reden. Kniep, a. a. O. S. 261 führt in Anknüpfung an den § 933 B.G.B. und den § 366 H.G.B. Beispiele eines constitutum possessorium ohne Eigentumsübergang an.

75) Vergl. hierüber Kniep, a. a. O. S. 255 ff., 258, 2; Cosack, a. a. O. § 187 I 8; Planck ebenda; Endemann, a. a. O. S. 145, welcher auch die traditio b. m. zu eng angewendet wissen will (Anm. 11: das B.G.B. behandelt die tr. b. m. in §§ 929, 2; 1032; 1205 I, 2 nur in Anwendung auf dingliche Rechte, nicht bei dem Besitz). Kipp, a. a. O. S. 690b spricht hingegen nur von einer Eventualität der Verbindung der b. m. tr. mit der Uebertragung des Eigentums. Dies ist richtig, denn man kann seinen mittelbaren Besitz aufgeben, ohne die Uebertragung eines dinglichen Rechts zu bezwecken; in solchem Fall würde eventuell der unmittelbare Besitzer das Eigentum erwerben, aber auf Grund des § 958.

mittler bestehenden Verhältnisses betreffende. Anfechtungsberechtigter ist im Fall der transferierenden Uebertragung der übertragende mittelbare Besitzer, im Fall des Konstitutums der unmittelbare und im Fall der Umwandlung der mittelbare Besitzer. Anfechtungsgegner ist, da es sich hier immer um einen Vertrag zwischen mittelbarem Besitzer und Besitzmittler handeln wird, der andere Teil. Die Wirkung der durchgeführten Anfechtung ist die rückwirkende Nichtigkeit der Uebertragung, Entstehung, Beendigung des mittelbaren Besitzes.

Wir haben bereits im § 3 (oben S. 130) gesehen, daß zu der traditio brevi manu als Plus eine unbedingte Aufgabe hinzutreten kann, so daß der ganze Akt sich als eine derelictio possessionis darstellt. Auch in solchem Fall ist es aber die Anfechtung der brevi manu traditio, welche die Nichtigkeit des ganzen Aktes bewirkt. Daher ist zu diesem Fall nichts Besonderes zu sagen. Erst für den Fall, daß der Besitzmittler durch die brevi manu traditio nicht Alleinbesitzer wird, sondern Besitzmittler für einen Dritten, z. B. auf dessen Auftrag oder indem er dessen Geschäfte ohne Auftrag führt [76], und daß die Aufgabe in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, geschieht, gewinnt die unbedingte Aufgabe eine praktische Bedeutung. Hier könnte nämlich von der Zulässigkeit einer besonderen Anfechtbarkeit der unbedingten Aufgabeerklärung geredet werden. Allein darunter wäre nur die Anfechtbarkeit der Aufgabe des Eigentums zu verstehen.

Oben (S. 130 sub b) haben wir davon gesprochen, daß im mittelbaren Besitz die Frage der Vitiosität einer von einem Dritten (dem mittelbaren Besitzer gegenüber) vorgenommenen Handlung sich nach der Qualität dieser Handlung gegenüber

76) Dies nehmen wir mit Kipp, a. a. O. S. 698, 1 b an; vergl. auch Kniep, a. a. O. S. 152; anderer Ansicht Planck, a. a. O. Anm. 2 b β zu § 868.

dem Besitzwillen [illegible]. Die Untersuchung nach dieser Richtung hat [illegible] [illegible] [illegible]. Zu bemerken ist hier aber ein Doppeltes. 1. Die Frage nach der [illegible] einer Handlung gegenüber dem [illegible] Besitzer hat zur Voraussetzung die Existenz des [illegible] Besitzes. In diesem Zusammenhang äußern die Anfechtung der Uebertragung ihre Wirkungen auch auf die [illegible] des Besitzes. 2. Möglich ist es, wie wir bereits gesehen haben, daß der mittelbare Besitzer, ohne seinen Besitz aufgegeben zu haben, der Stellung resp. Entziehung des Besitzes zugestimmt hatte. Diese Zustimmung ist [illegible] ein Rechtsgeschäft und ohne Zweifel sind auf dieselbe die Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung anwendbar. Die durchgeführte Anfechtung der Zustimmung verleiht der bezüglichen Handlung nachträglich die Qualität der Fehlerhaftigkeit.

§ 7. Anfechtbarkeit der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes quoad exsistentiam possessionis.

1) Die Rechtswirkungen, welche den possessorischen Schutz ausmachen und deren Inbegriff auch Besitz genannt wird, werden, wie bereits gesagt, vom B.G.B. an die Tatsache der Gewalt der Person über die Sache geknüpft. Damit der possessorische Schutz wirksam werde, muß diese Tatsache bestehen, d. h. die tatsächliche Gewalt muß erlangt worden und nicht beendigt sein. Dasjenige Moment also, worauf es ankommt, ist das Bestehen der Gewalt. Das Bestehen der Gewalt ist nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen[77].

---

77) Das Bestehen des Besitzes ist immer eine Frage nach konkreten Umständen. Diese Umstände werden entschieden nach der Verkehrsanschauung. Es handelt sich übrigens dabei um reine Tatsachen, d. h. darum, ob gegebenen Falles tatsächliche Gewalt vorhanden ist oder nicht. Was tatsächliche Gewalt ist, haben wir bereits gesehen. Der Besitz besteht, auch wenn

Besteht die tatsächliche Gewalt, dann ist für das Bestehen des Besitzes die Frage, wann und wie sie entstanden ist, gleichgültig (eine Ausnahme von dem Gesagten bilden die unten sub 2 zu besprechenden Fälle des § 854 II). Damit erledigt sich zunächst die Frage nach der Natur der eventuellen Besitzübertragung auf folgende Weise. Wenn eine Besitzsubjektsänderung durch den Willen des bisherigen Besitzers herbeigeführt worden ist, so ist dieser Akt kein Rechtsgeschäft. Hier handelt es sich nur um zwei selbständig zu betrachtende Rechtshandlungen (Besitzverlust — Besitzerwerb).

Die Rechtsgrundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung können hierauf keine Anwendung finden, denn sie setzen voraus, daß eine Willenserklärung abgegeben worden ist, welche auf Herbeiführung von Rechtswirkungen gerichtet war. In unserem Fall aber sieht das Gesetz von einer derartigen Willenserklärung ab. Es knüpft die Rechtswirkung an die äußerlich

---

die Zeit abgelaufen ist oder eine auflösende Bedingung eingetreten ist. So Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs ꝛc., 3. Aufl., Bd. 3 § 21 Ziff. 7; Lehmann, a. a. O. §§ 19 Ziff. 9, 20 Ziff. 4, 21 Ziff. 3, 22 S. 76; vergl. Kniep, a. a. O. S. 265. Ueber den Erwerb des unmittelbaren Besitzes vergl. Strohal, Der Sachbesitz ꝛc., § 7; Planck, a. a. O. zu § 854; Biermann, a. a. O. zu § 854; Cosack, a. a. O. § 186; Lehmann, a. a. O. § 21; Endemann, a. a. O. § 34. Den Endemannschen Ausführungen könnte man den Vorwurf machen, daß sie zu stark das Moment der Ergreifung der Gewalt betonen. Allerdings bedingt die Ergreifung der Gewalt das Bestehen derselben; denn nur dann können wir von dem Bestehen einer Tatsache sprechen, wenn diese bereits ihren Anfang und noch nicht ihr Ende genommen hat. Dies bringt mit sich, daß der Besitzer seinen Besitz mit Nachweis seiner Besitzergreifung beweisen kann. Dies aber muß nicht dafür verwertet werden, um mit Endemann zu behaupten (ebenda Anm. 13), daß der Beweis der tatsächlichen Besitzergreifung vom Erwerber durch die Darlegung positiver, die Aneignung kundgebender Handlungen erbracht werden muß. Nach § 854 II nämlich genügt zum Besitzerwerbe das Vorhandensein einer die Verfügung über die Sache nach gewöhnlichem Gebrauch und Zweck ermöglichenden Lage (so auch Endemann, S. 140). Diese Lage braucht keineswegs durch Handlungen bedingt zu sein. Vergl. auch unten Anm. 89.

erkennbare Tatsache, daß einer Person die Gewalt über die Sache zusteht. Ob der Wille dieser oder einer dritten Person darauf gerichtet war, ist gleichgültig [78]).

Auch wenn der Wille der Person zur Qualifizierung des Verhältnisses als Gewalt erforderlich ist, so muß er zwar an den Tag treten, er geht aber in der Besitzerwerbungshandlung auf, d. h. er offenbart sich in der Tatsache und nicht neben ihr. Daher entbehrt diese Willenskundgebung der rechtsgeschäftlichen Qualität [79]). Einer entsprechenden Anwendung der rechtsgeschäftlichen Grundsätze über Willensmängel ist diese Willenskundgebung unfähig, wie sie auch der Anwendung der Grundsätze über Geschäftsfähigkeit unfähig ist. Das tatsächliche Vorhandensein des Willens, nicht das Vorhandensein eines rechtlich gültigen Willens ist dabei das Entscheidende [80]).

---

78) Der Satz, daß bei der Besitzübertragung quoad exsistentiam possessionis von Anfechtbarkeit und Anfechtung keine Rede sein kann, ist der einzige, welcher den Gedanken des Gesetzgebers entspricht. Dagegen will Raape dis. cit. für die Fälle des Besitzerwerbs ohne Besitzwillen und, wo die justa causa dieses Erwerbes in der Zuwendungsabsicht eines Dritten besteht, die Anfechtbarkeit zugelassen wissen mit der Wirkung, daß bei erfolgter Anfechtung der Besitz mit rückwirkender Kraft verloren gehe (S. 68). Eine Rechtfertigung seiner Ansicht vermag Raape nicht beizubringen; er begnügt sich (S. 70) mit dem Hinweis auf ihre Zweckmäßigkeit. Wir glauben, daß durch die von uns unternommene Unterscheidung der beiden Fragen nach der Existenz und nach der Vitiosität des Besitzes die Gelegenheit gegeben ist, um unbeschadet der ersten Frage die Interessen des dritten Zuwendenden schützen zu können.

79) Vergl. hierüber Biermann, a. a. O. Anm. 4 zu § 854: „Die zur Begründung der tatsächlichen Gewalt erforderliche Willensbetätigung ist eben mit der Willenserklärung des 105 nicht identisch, sie ist kein Rechtsgeschäft." Analoge Ausführungen bei Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 854; Cosack, a. a. O. § 188, 6; Manigk, a. a. O. S. 33 Anm. 1 und passim; Fischer-Henle, Anm. 5 zu § 854.

80) Die Rechtsfolgen knüpfen sich an die Tatsache des Vorhandenseins der Gewalt. Ist die Gewalt als vorhanden anzusehen, so ist der Besitz eo ipso vorhanden. Es kommt auf das tatsächliche Vorhandensein der Gewalt, d. h. in unseren Fällen auf das tatsächliche und nicht auf das

2) Wir wollen nunmehr diejenigen Fälle näher ins Auge fassen, bei welchen zur Qualifizierung der Gewalt ein Wille erforderlich ist, aber nicht ein solcher, der einseitig auftritt und in tatsächlichen Handlungen aufgeht, sondern vielmehr eine zweiseitige Willenserklärung ist. Wir haben bereits im § 3 gesagt, daß hier von einer Besitzübertragung in dem dort festgestellten Sinne geredet werden kann, und uns im § 5 für die Zulässigkeit der Anwendung der Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung ausgesprochen. Dies wollen wir jetzt näher begründen.

a) Die hierher gehörenden Fälle sind diejenigen, worauf sich § 854 II bezieht[81]), nämlich: aa) der wichtigste Fall der sog. traditio longa manu, bb) der Fall der sog. traditio brevi manu in Beziehung zu dem vom § 855 geregelten Ver-

rechtliche Vorhandensein des Willens an. Es kommt auf die Kundgebung des Willens, nicht auf den Willen selbst an. Ist der Wille tatsächlich vorhanden, dann existiert der Besitz, und, hat der Besitzer kein Interesse an dem Besitz, so kann er denselben aufgeben. Hat er tatsächlich den Aufgebungswillen bekundet, so hat er keinen Besitz mehr. Da er aber durch die Aufgebung über seine Interessen verfügte, so ist diese Willenskundgebung in dem Sinne als eine rechtsgeschäftsähnliche, den Grundsätzen über Anfechtung unterliegende Handlung anzusehen, als die Anfechtung bloß den Charakter des Besitzverlustes als einer Aufgebung zerstört, nicht auch den durch das tatsächliche Vorhandensein des Willens herbeigeführten Verlust. In beiden Fällen des Besitzerwerbs und der Besitzaufgebung braucht der Besitzer weder seine Kundgebung anzufechten, noch ist seine Anfechtung erheblich, denn entweder hat dieselbe zu der verkehrsmäßigen Auffassung geführt, Gewalt sei vorhanden resp. nicht vorhanden, oder sie hat dazu nicht geführt. Liegt die erste Alternative vor, dann ist die Person Besitzer, resp ist sie es nicht mehr. Liegt aber die zweite Alternative vor, dann hat die Person sich in Zukunft weiterer Willenskundgebungen, d. h. Gewalthandlungen in Bezug auf die Sache zu enthalten. Wirkt sie noch weiter auf die Sache ein, so kann sie sich nicht auf Willensmängel berufen; darin würde eine Kontradiktion liegen, die dem Zweck des Besitzinstitutes zuwiderläuft und daher nicht anzuerkennen ist.

81) Man vergl. hierüber im allgemeinen Biermann, a. a. O. Anm. 6—9 zu § 854.

hältnisse[82]), cc) der Fall des sog. constitutum possessorium in Beziehung zu dem vom § 855 geregelten Verhältnisse[83]), dd) der Fall, daß jemand zwar vorläufig als Detentor einer Sache erscheint, allein seine Detention deshalb keine Gewalt ist, weil die tatsächliche Gewalt nach der Verkehrsanschauung einem Dritten (kraft Verfügungsgewalt über den Raum oder die Sache) zusteht. Die Gewalt entsteht auf seiten des temporären Detentors erst durch die Einigung[84]).

Bei allen diesen Fällen haben wir zu konstatieren, daß die Einigung die dem Gesetze und der Verkehrsanschauung

82) So Cosack, a. a. O. § 187 I 8; Lehmann, a. a. O. § 21 Ziff. 2; Endemann, a. a. O. § 35 bei und in Anm. 11. Entgangen ist dieser Fall Kipp, a. a. O. S. 690 b; Biermann, a. a. O. Anm. 9 zu § 854. Wenn Planck, a. a. O. Anm. 6 zu § 854 in solchem Fall nicht von einer traditio brevi manu, sondern von einer Anwendung des § 854 II geredet wissen will, so leuchtet der Grund dafür nicht ein. Unrichtig ist auch die Anm. 71 bei Strohal, Der Sachbesitz 2c., S. 77, wo gesagt wird, daß der § 854 II gar nichts mit der tr. b. m. zu tun habe. Vergl. auch Kniep, a. a. O. S. 247.

83) So Cosack, § 187 I, 1c; Lehmann ebenda; Kniep ebenda S. 245. Entgangen ist dieser Fall Kipp, a. a. O. S. 690 c; Biermann ebenda; Endemann, a. a. O. S. 147 f.

84) Man könnte alsdann auch hier von einer Art const. poss. reden. Es ist hierbei an den Fall der Detention zu denken, welche z. B. der Wirtshausgast an dem von ihm benutzten Geschirr hat 2c., wo nach der Verkehrsanschauung die Gewalt einem Dritten und nicht dem Detentor zusteht, obwohl dieser in keinem Verhältnis sozialer Abhängigkeit und Unterordnung zu dem Besitzer steht. So Biermann, a. a. O. Anm. 2 zu § 855, welcher das Abhängigkeitsverhältnis als für den § 855 bestimmend erachtet. Vergl. die Ausführungen bei Strohal, ebenda S. 5 ff.; Kniep, ebenda S. 39. Die Beispiele Knieps auf S. 36 sind nicht gelungen, weil dort unmöglich von einer tatsächlichen Gewalt geredet werden kann, die die betreffenden Personen an dem Grundstück ausüben. Vergl. ferner Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 855, welcher solche Fälle (mit gewissen Vorbehalten) zu denen des § 855 rechnet. In Bezug auf die Frage, wer Besitzer ist, mag dies wohl richtig sein. Ob aber auch auf diese Fälle der § 860 Anwendung findet, kann als fraglich erscheinen. Bejaht wird diese Frage von Buhl, a. a. O. S. 22. Wir möchten sie eher verneint wissen.

entsprechende Umwandlung des physischen Verhältnisses, d. h. der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, zur Gewalt und somit zum Besitze bewirkt [85]).

Dies führt uns zu der Annahme, daß es zwischen den Fällen, welche unter den § 854 II fallen, und den oben sub 1 besprochenen einen Unterschied gibt. In den Fällen sub 1 liegt ein Verhältnis tatsächlich vor, welches als Gewalt von der Verkehrsauffassung ohne weiteres anerkannt wird. Ohne weiteres, d. h. ohne daß der Entstehungsgrund, sei es auch, daß die Besitzsubjektsänderung auf konsensuale Weise vor sich gegangen ist, auf das Vorhandensein der Gewalt einen Einfluß ausübe. In den jetzt uns beschäftigenden Fällen dagegen wirkt die Einigung bedingend für die Auffassung des tatsächlichen Verhältnisses als Gewalt, an welche der Besitz geknüpft wird.

b) Wenn wir nun die Anwendbarkeit rechtsgeschäftlicher Grundsätze auf diese Einigung prüfen wollen, so müssen wir folgende Momente in Betracht ziehen: aa) Die Einigung ist rechtlich bedeutend für die Qualifizierung der Gewalt [86]). bb) Die Einigung an sich ist keine bloße Rechtshandlung in dem bereits oben (§ 4) festgestellten Sinn, da sie als Einigung eine Absicht in sich schließt (Einigung ist nämlich das absichtliche Zusammentreffen zweier Willenserklärungen), wobei die für den Besitz rechtlich bedeutende Folge der Qualifizierung der Gewalt eben

85) Es ist zuzugeben, daß das tatsächliche Verhältnis zu der Sache vor der Besitzübergabe durch Einigung ein anderes ist, als nachher, sagt Kipp, a. a. O. S. 690 b.

86) So sagte bereits für das gemeine Recht Goldschmidt, a. a. O. § 17 Ziff. 3: Nicht weil dem so allgemein ist, sondern weil bei der Tradition beide Teile darüber einig sind, ist die Traditionspflicht auch durch bloße Präsenz der Sache erfüllt, und nur insofern die Präsenz dem Erwerbe wirkliche Gewalt gibt, hat derselbe sogleich den Besitz erlangt. Vergl. Strohal, ebenda S. 79 ff. Ueber die ungerechtfertigten Ansichten Knieps vergl. das oben Anm. 58 Gesagte.

darum anerkannt wird, weil die Parteien über die Besitzsubjektsänderung einig sind. cc) Die Einigung ist in Bezug auf den Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft. Für den Besitzerwerb ist auch hier von Belang nur die (zwar durch die Einigung qualifizierte) Tatsache des Vorhandenseins der Gewalt. Auch hier vollzieht sich der Besitzerwerb originär[87]).

87) Daß es sich hier um die Erlangung der tatsächlichen Gewalt handelt, lehrt auch Planck, a. a. O. Anm. 3 zu § 854. Die herrschende Meinung spricht der Einigung den Charakter des Rechtsgeschäftes zu mit Hinweis darauf, daß dieselbe mindestens dort eine Voraussetzung des Besitzerwerbes ist und den Besitzerwerb und damit auch Rechtsfolgen herbeizuführen bezweckt (so Biermann, a. a. O. Anm. 7 zu § 854). Dieser Anschauung möchten wir mit folgendem entgegentreten. Wenn man in den Fällen des § 854 II an dem Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt festhält, so ist die Einigung deshalb kein Rechtsgeschäft, weil sie keine selbständige Voraussetzung des Besitzerwerbes, sondern nur eine Voraussetzung des Gewaltcharakters ist, gerade so wie auch sonst der Besitzwille, wo er als erforderlich erscheint, nicht als selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbes aufzufassen ist. Eine Verschiedenheit beider Fälle liegt darin, daß während beim einseitigen Besitzwillen, wo auf denselben Bezug genommen wird, die Kundgebung desselben in tatsächliche Handlungen aufgeht, in den Fällen des § 854 II tatsächliche Handlungen nicht vorkommen, sondern nur die Einigung zweier Willenserklärungen als genügend erachtet wird. Von der Frage des rechtlichen Vorhandenseins der Einigung hängt aber nicht die rechtliche Qualität, sondern nur die Wirksamkeit derselben ab. Dafür, daß in den Fällen des § 854 II tatsächliche Gewalt vorliegt, scheint auch folgende Auffassung der Motive zu sprechen S. 93: Die tatsächliche Gewalt erfordert weder bei ihrem Beginne, noch bei ihrer Fortsetzung in jedem Falle eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache, sondern nur eine solche Gestaltung aller Umstände, daß dem Erwerber die tatsächliche Herrschaft zugeschrieben und in Ansehung aller übrigen Personen verneint werden kann. — Würde man aber annehmen, daß in den Fällen des § 854 II keine Gewalt vorliegt, so würde der rechtsgeschäftliche Charakter der Einigung von der Auffassung des Besitzes als Besitzrechts abzuleiten sein (dies tut Kober, a. a. O. S. 9, 2 b). Somit wäre in diesem Fall von einer Uebertragung des Besitzes zu sprechen. Allein diese Anschauung — abgesehen von der prinzipiellen Frage der Uebertragbarkeit des Besitzes, welche in gewissen Rücksichten zu bejahen ist — entspricht, was die Erlangung des Besitzes selbst anbetrifft, weder der Entstehung noch dem Wortlaute des § 854 II: „Die

Aus diesen Betrachtungen folgt, daß die Einigung der entsprechenden Anwendung der Rechtssätze über Willensmängel und somit der Anfechtbarkeit und Anfechtung fähig ist[88]).

c) Wirkung der durchgeführten Anfechtung der Einigung. Da die Einigung in den Fällen des § 854 II dasjenige Element ist, welches das physische Verhältnis der Person zur Sache, d. h. die die Ausübung der Gewalt über die Sache ermöglichende Lage, wie sich dieselbe auch in concreto gestaltet (vergl. oben sub a)[89]), zur Gewalt emporhebt, an welche die Besitz-

---

Einigung — genügt zum Erwerbe rc." Das Gesetz vermeidet den Ausdruck Uebertragung des Besitzes, indem es vom Erwerbe mittelst Einigung spricht. Uebrigens hat diese theoretische Meinungsverschiedenheit keine Bedeutung für die uns beschäftigende Frage, da von beiden Seiten die (ob entsprechende?) Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Vorschriften innerhalb gewisser Grenzen zugegeben wird. Weitere Fragen, welche über die Einigung entstehen, vergl. bei Planck ebenda; Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 8 zu § 854; Biermann, ebenda Anm. 7.

88) Dies wird übereinstimmend angenommen. Vergl. die vorige Anmerkung. Vergl. Endemann, a. a. O. § 35 Anm. 24; Lehmann, a. a. O. § 21 Ziff. 1 in Bezug auf die Zulässigkeit von Bedingung und Befristung. Vergl. auch Hellwig, a. a. O. § 36 Anm. 1 a in Bezug auf das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit. Vergl. ferner Strohal, a. a. O. S. 81—88. Kniep nennt die Anwendung der Grundsätze über Bedingungen auf die Fälle des § 854 II eine Künstelei. Er übersieht, daß die Einigung eine Voraussetzung des Besitzerwerbes überhaupt ist; allerdings weil er eine unrichtige Auffassung von der tatsächlichen Lage hat. Es ist schwer, diese Ansicht Knieps in Einklang zu bringen mit seinen weiteren Ansichten über Zulässigkeit der Anfechtung des freiwilligen Besitzverlustes (S. 265) und über die Beschaffenheit des Uebertragungsaktes (S. 286).

89) Vergl. hierüber Strohal, ebenda S. 88—91; Planck, a. a. O. Anm. 3 b zu § 854; Biermann, a. a. O. Anm. 8 zu § 854; Cosack, a. a. O. § 187 I 2c; Kober, a. a. O. S. 8 II; Endemann, a. a. O. § 34 Anm. 14. Ueber die Ansichten Knieps (S. 108 u. 179) vergl. oben Anm. 58. Unsere Ansichten gehen dahin, daß sich das Urteil über die geeignete Lage aus der Verwertung jener sozialen Norm, wovon oben im § 2 die Rede war, ergibt. Unrichtig scheint uns die Behauptung Endemanns zu sein, daß die konkreten Umstände, nicht die normalen Verhältnisse entscheiden. Die konkreten Umstände entscheiden nie, sie werden aber

rechtsfolgen geknüpft werden, so bewirkt die durchgeführte Anfechtung der Einigung, daß die tatsächliche Gewalt nachträglich des sie bedingenden Elementes ermangele. Folglich ist dieselbe keine Gewalt, mit anderen Worten, das Verhältnis ist von Anfang an so anzusehen, als ob kein Besitz auf seiten des Erwerbers entstanden war[90]).

---

entschieden und als Norm für die Entscheidung dienen die normalen Verhältnisse. Daher würden wir, um bei dem Beispiel Endemanns (S. 140) zu bleiben, dem Erwerber des Grundstückes die Selbsthilfe oder die Besitzklagen gegen den hartnäckigen Hausverwalter nicht absprechen. Normal ist nämlich, daß der Besitzdiener den sich auf die Herausgabe der Sache beziehenden Weisungen des Besitzers Folge leiste. Tut er das nicht, so bildet seine Handlung verbotene Eigenmacht. Die verbotene Eigenmacht aber des Besitzdieners beeinflußt die Frage des Besitzerwerbs nur insoweit, als sie vor der Einigung stattgefunden hatte. In solchem Falle, d. h. im Falle, daß der Besitz vor der Einigung dem Besitzer entzogen wurde, vermag die Einigung deshalb nicht den Besitz zu übertragen, weil sie sozusagen gegenstandlos war. Findet aber die verbotene Eigenmacht nach der Einigung statt — und so ist im obigen Beispiel der Fall zu verstehen — so ist der Empfänger zwar Besitzer geworden, nun aber ist er in seinem Besitze widerrechtlich verletzt, und ihm stehen das Selbsthilferecht resp. die Besitzschutzklagen zu (vergl. Kipp, a. a. O. S. 690 b). Diese Auffassung des normalen Sachverhalts wird von Biermann nicht geteilt. Biermann lehrt (z. E. der zitierten Anm. 8): „Ob dadurch, daß ein anderer die tatsächliche Gewalt nach § 855 ausübt, der Besitzerwerb nach Absatz II ausgeschlossen wird, ist Frage des Einzelfalls, doch wird der Erwerber hier regelmäßig nicht in der Lage sein, die Gewalt über die Sache seinerseits auszuüben." Wir können nicht einsehen, weshalb Biermann, welcher sonst zutreffend bemerkt, daß es auf die Möglichkeit der Ueberwindung der Hindernisse ankommt, den zitierten Satz so absolut aufstellt und die Frage unberücksichtigt läßt, ob der Erwerber dieses Hindernis durch Selbsthilfe zu überwinden befugt ist, ohne verbotene Eigenmacht zu begehen (geradeso wie der Uebertragende selbst; vergl. Planck, a. a. O. Anm. 1 a zu § 858; Kipp, a. a. O. § 149 Anm. 1; vergl. auch oben Anm. 51), und ob er die Besitzschutzklagen anstrengen kann. Darauf kommt es schließlich an. Das eben Gesagte gilt auch gegenüber den Strohalschen Ausführungen (a. a. O. S. 89). In dieser Hinsicht liegt in Kobers Formulierung „wenn also insbesondere kein Dritter in der Zwischenzeit (?) sich den Besitz angeeignet hat", eine Unklarheit.

90) Es wird gewöhnlich und unseres Erachtens einseitig betont, daß

d) Dieser nachteiligen Wirkung der Anfechtung sind folgende Grenzen gegeben, nämlich:

aa) Die Anfechtung erzeugt ihre die Existenz des Besitzes vernichtende Wirkung nur soweit der Erwerber die tatsächliche Gewalt nicht handgreiflich erlangt hat, d. h. nur soweit ihm die tatsächliche Gewalt der Verkehrsanschauung gemäß nicht unabhängig von der Einigung mit dem Tradenten zuzuerkennen ist. Das eben Gesagte schließen wir aus folgender Argumentation. B.G.B. sagt im § 854 II: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn 2c." Diese Ausdrucksweise bedeutet ein doppeltes: nämlich 1) zum Erwerbe des Besitzes ist, bei der geeigneten Lage, nichts weiter erforderlich als die Einigung, d. h. der Erwerber kann seinen Besitz vollständig behaupten, indem er beweist 1) daß der Uebertragende zur Zeit der Uebertragung Besitzer war; 2) daß in seiner Person der Successionstatbestand (Einigung und geeignete Sachlage) zur Zeit der Uebertragung vorhanden war; daher 2) wir haben hier mit einer wesentlichen Erleichterung der Voraussetzungen des Besitzerwerbers zu tun. Weil nun diese Erleichterung im Interesse des Erwerbers eingeführt worden ist, so kann dieser nicht zu seinem Nachteil gezwungen werden, sich auf die Einigung zu berufen, soweit er die tatsächliche Gewalt wirklich ergriffen hat[91].

---

ohne Einigung kein Besitzerwerb durch Uebertragung stattfindet (so z. B. Fischer-Henle, daselbst Anm. 10). Dies ist allerdings richtig für gewisse Rechtsfolgen des Besitzes. Für den Besitzschutz aber bedeutet das Fehlen der rechtsgültigen Einigung eventuell das Nichtzustandekommen des Besitzerwerbs; und dies nicht, weil etwa die Einigung eine gesetzliche Voraussetzung des Besitzerwerbs als solchen sei, auch nicht, weil sie nur für die Feststellung, daß sich der Besitzerwerb durch Uebergabe vollzogen hat, eine Voraussetzung sei, sondern weil sie eine Voraussetzung ist für die Feststellung, daß die tatsächliche Gewalt erlangt worden ist. Vergl. auch Planck, a. a. O. Anm. 3 a zu § 854.

91) Der im Absatz I geregelte Tatbestand genügt unter allen Umständen zum Besitzerwerb, sagt Biermann, a. a. O. Anm. 2 zu § 854.

bb) Die Anfechtung der Einigung erzeugt ihre vernichtende Wirkung nicht gegenüber dem etwaigen Nachfolger im Besitze, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegen sich nicht gelten zu lassen braucht. Es ist an den Fall zu denken, daß der auf Grund des § 854 II gewordene Besitzer in continenti, d. h. ohne vorher die Gewalt handgreiflich erlangt zu haben, auf Grund wieder des Absatzes II seinen Besitz weiter überträgt. Hierüber könnte man zwar sagen, daß, weil die Einigung das die Gewalt bedingende Element ist, so müsse die Anfechtung der Einigung ihre vernichtende Wirkung auch dem etwaigen Nachfolger des ersten Erwerbers gegenüber erzeugen. Es wäre hierbei auf folgende Weise zu argumentieren. B.G.B. sagt im § 854 II: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt 2c." Gesetzt nun, daß der erste Erwerber infolge der Anfechtung der Einigung als von Anfang an nicht gewesener Besitzer anzusehen ist, so ist der Bedingung zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt auf seiten seines Nachfolgers nicht genug getan. Dementsprechend ist sein Nachfolger kein Besitzer geworden, und seine etwaigen Handlungen an dem Besitzgegenstand bilden verbotene Eigenmacht gegen den ersten Uebertragenden. Bei dieser Argumentation wurde die Interpretation des Wortlautes des Absatzes II konsequent durchgeführt. Allein aus dem Zusammenhang der auf den Besitz sich beziehenden Rechtssätze des B.G.B. ergibt sich der gegenteilige bereits angedeutete Schluß. Hierbei ist folgendes zu konstatieren: Da der auf Grund der Einigung erlangte Besitz wirklicher Besitz ist, so erzeugt er — lege non distinguente — alle diejenigen Rechtswirkungen, welche dem handhaft erlangten Besitz zuerkannt werden. Dem Besitzer nun steht ge-

Diese Frage war im gemeinen Recht kontrovers. Bekanntlich lehrte Brinz das Gegenteil. Gegen ihn mit Recht Windscheid, a. a. O. § 153 Anm. 10.

wissermaßen eine formelle, dingliche Verfügungsgewalt über den Besitz selbst zu; dies ist dahin zu verstehen, daß die dem Besitzer zustehenden Schutzmittel dem die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe nicht kennenden Nachfolger gegenüber ausgeschlossen sind [92]). Diese so zu nennende formelle Verfügungsgewalt muß auch dem auf Grund des § 854 II gewordenen Besitzer zustehen. Dementsprechend ist zu sagen, daß die Anfechtung der Einigung ihre vernichtende Wirkung dem gutgläubigen Nachfolger gegenüber nicht erzeugt [93]).

cc) In Ansehung der Besitzansprüche, welche eventuell nach der durchgeführten Anfechtung begründet werden, muß die Frist des § 864 innegehalten werden. Nicht ist dieselbe zu verwechseln mit der Frist der Anfechtung.

92) Es handelt sich hier sozusagen um ein Gegenbild der bereits oben § 2 II a besprochenen formellen Verfügungsgewalt des Besitzers, in Betreff der Veräußerung von dinglichen Rechten. Daß diese beiden Begriffe sich nicht decken, und daß von einer Verfügungsgewalt in Betreff des Besitzes selbst, genau genommen, nicht gesprochen werden kann, geben wir zu, zumal der Nachfolger im Besitze nach § 858 II, 2 nicht Nachfolger durch Uebergabe zu sein braucht, wie wir später sehen werden. Allein die Analogie des Ausdruckes dürfte für den Fall, wo eine Uebertragung stattgefunden hat, aufrecht erhalten bleiben. Der Sache nach ist auch in solchem Falle zu sagen, daß, wenn die Klage gegen den fehlerhaften Besitzer durchgeführt wird, sein Besitz mit gewissermaßen rückwirkender Kraft (arg. § 940 II) verloren gehen soll. Diese Klage aber wird gegen den gutgläubigen Dritten nicht zugelassen.

93) Eine solche vernichtende Wirkung wäre dann anzunehmen, wenn man die auf den Besitzgegenstand sich beziehenden Handlungen des weiteren Erwerbers als verbotene Eigenmacht gegen den ersten Uebertragenden anzusehen hätte — darin liegt nämlich der praktische Kern unserer Diskussion —, was der § 858 II, 2 ausschließt. Allerdings wäre der dritte Erwerber, falls er die Anfechtbarkeit gekannt hätte oder hätte kennen müssen, so zu behandeln, als wenn er das Fehlen des Besitzes bei seinem Vormann gekannt hätte oder hätte kennen müssen (gemäß § 142 II B.G.B.); folglich würden seine Handlungen verbotene Eigenmacht gegen den ersten Uebertragenden bilden. Nähere Ausführungen im folgenden Paragraphen.

dd) Eine weitere Schranke ergibt sich aus dem Interesse, welches vielleicht der Besitzer haben kann, daß der § 221 B.G.B. angewandt werde [94]).

§ 8. Anfechtbarkeit der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes quoad vitiositatem possessionis.

In dem vorangegangenen Paragraphen haben wir die uns beschäftigende Frage in Beziehung zu der Existenz des Besitzes erledigt. Wir haben dabei die Anwendbarkeit der Rechtssätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung auf die Besitzübertragung da geleugnet, wo der Parteiwille für das Eintreten von Rechtswirkungen von keiner Bedeutung ist. Nun müssen wir bemerken, daß wiewohl der einmal erlangte Besitz dritten Personen gegenüber seine Rechtswirkungen ungeachtet des Willens des eventuellen Vorbesitzers erzeugt, dieser Wille dennoch von Bedeutung ist innerhalb des Verhältnisses, welches besteht zwischen dem Vorbesitzer und dem neuen Erwerber, resp. seinem Erben oder seinem Nachfolger, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt (§ 858 II, 2) [95]).

Für die Qualifikation des Besitzes als eines fehlerhaften resp. fehlerlosen, im allgemeinen für den Begriff der verbotenen Eigenmacht ist der Wille des Vorbesitzers rechtlich bedeutungsvoll; er gehört zum Tatbestande des § 858 (vergl. Protokolle, a. a. O. S. 36).

---

94) Wir meinen damit folgendes: Hat der Uebertragende ein Interesse daran, daß ein an der Sache bestehender dinglicher Anspruch verjähre, so darf er nicht die Uebertragung anfechten, denn die Wirkung der Anfechtung würde die sein, daß der Dritte anzusehen ist, als hätte er sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft, welches die Anwendung des § 221 ausschließt. Vergl. Planck, Anm. 2 zu § 221.

95) Vergl. hierzu Hellwig, a. a. O. § 52 Anm. 4.

1) Zum Begriff der verbotenen Eigenmacht gehört eigentlich und allein die Tatsache, daß der Besitz an der Sache genommen oder eine Störungshandlung unternommen wird, ohne den darauf gerichteten Willen des bisherigen Besitzers. Es wird daher positiv gefordert, daß der Vorbesitzer zur Zeit der betreffenden Handlung Besitzer war, und zwar, daß diese Handlung ohne oder wider seinen Willen stattgefunden hat. Auf ein Verschulden des Entziehers, resp. Störers kommt es dabei nicht an; es genügt die objektive Beeinträchtigung des Besitzes[96]). Die verbotene Eigenmacht ist in diesem Sinne kein Delikt[97]). Die verbotene Eigenmacht kann unter Umständen ein Delikt sein, wenn nämlich ein Verschulden des eigenmächtig Handelnden hinzutritt. Ein solches würde dann vorliegen, wenn der Handelnde vorsätzlich oder fahrlässig gegen das oben (§ 2 S. 111) besprochene Verbot (Verbot gegen die Eigenmacht) verstoßen haben würde. In einem solchen Falle würde die Vorschrift des § 823 Anwendung finden[98]).

96) So Motive, ebenda S. 110: „Die Voraussetzung (an welche die den Besitzschutz ausmachenden Rechtsnormen anknüpfen) ist gegeben, wenn gegen den Inhaber eine Handlung der bezeichneten Art vorgenommen ist, welche nicht vorgenommen werden durfte. Es wird mithin nicht verlangt, daß das im § 814 enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen." Vergl. Protokolle, ebenda; Denkschrift bei Mugdan, Die gesammelten Materialien zum B.G.B., Bd. 3 S. 963. Vergl. Planck, a. a. O. Anm. 1b zu § 858; Biermann, a. a. O. Anm. 1 zu § 858 (bei Biermann auch die entgegengehende Literatur); Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 6 zu § 858; Matthiaß, a. a. O. § 5 III B; Strohal, a. a. O. S. 49; Kniep, a. a. O. S. 423, 435.

97) Unrichtig ist es daher, wenn Cretschmar, a. a. O. S. 283 lehrt: „Unerlaubte Eigenmacht zieht die Folgen der §§ 823 ff. nach sich."

98) Vergl. Motive ebenda; Denkschrift daselbst; Planck, ebenda Anm. 2. — Ob Abs. I oder Abs. II anzuwenden sind, vergl. Kipp, a. a. O. S. 697.

dd) Eine weitere Schranke ergibt sich aus dem Interesse, welches vielleicht der Besitzer haben kann, daß der § 221 B.G.B. angewandt werde[94]).

§ 8. Anfechtbarkeit der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes quoad vitiositatem possessionis.

In dem vorangegangenen Paragraphen haben wir die uns beschäftigende Frage in Beziehung zu der Existenz des Besitzes erledigt. Wir haben dabei die Anwendbarkeit der Rechtssätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung auf die Besitzübertragung da geleugnet, wo der Parteiwille für das Eintreten von Rechtswirkungen von keiner Bedeutung ist. Nun müssen wir bemerken, daß wiewohl der einmal erlangte Besitz dritten Personen gegenüber seine Rechtswirkungen ungeachtet des Willens des eventuellen Vorbesitzers erzeugt, dieser Wille dennoch von Bedeutung ist innerhalb des Verhältnisses, welches besteht zwischen dem Vorbesitzer und dem neuen Erwerber, resp. seinem Erben oder seinem Nachfolger, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt (§ 858 II, 2)[95]).

Für die Qualifikation des Besitzes als eines fehlerhaften resp. fehlerlosen, im allgemeinen für den Begriff der verbotenen Eigenmacht ist der Wille des Vorbesitzers rechtlich bedeutungsvoll; er gehört zum Tatbestande des § 858 (vergl. Protokolle, a. a. O. S. 36).

---

94) Wir meinen damit folgendes: Hat der Uebertragende ein Interesse daran, daß ein an der Sache bestehender dinglicher Anspruch verjähre, so darf er nicht die Uebertragung anfechten, denn die Wirkung der Anfechtung würde die sein, daß der Dritte anzusehen ist, als hätte er sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft, welches die Anwendung des § 221 ausschließt. Vergl. Planck, Anm. 2 zu § 221.

95) Vergl. hierzu Hellwig, a. a. O. § 52 Anm. 4.

1) Zum Begriff der verbotenen Eigenmacht gehört eigentlich und allein die Tatsache, daß der Besitz an der Sache genommen oder eine Störungshandlung unternommen wird, ohne den darauf gerichteten Willen des bisherigen Besitzers. Es wird daher positiv gefordert, daß der Vorbesitzer zur Zeit der betreffenden Handlung Besitzer war, und zwar, daß diese Handlung ohne oder wider seinen Willen stattgefunden hat. Auf ein Verschulden des Entziehers, resp. Störers kommt es dabei nicht an; es genügt die objektive Beeinträchtigung des Besitzes[96]). Die verbotene Eigenmacht ist in diesem Sinne kein Delikt[97]). Die verbotene Eigenmacht kann unter Umständen ein Delikt sein, wenn nämlich ein Verschulden des eigenmächtig Handelnden hinzutritt. Ein solches würde dann vorliegen, wenn der Handelnde vorsätzlich oder fahrlässig gegen das oben (§ 2 S. 111) besprochene Verbot (Verbot gegen die Eigenmacht) verstoßen haben würde. In einem solchen Falle würde die Vorschrift des § 823 Anwendung finden[98]).

96) So Motive, ebenda S. 110: „Die Voraussetzung (an welche die den Besitzschutz ausmachenden Rechtsnormen anknüpfen) ist gegeben, wenn gegen den Inhaber eine Handlung der bezeichneten Art vorgenommen ist, welche nicht vorgenommen werden durfte. Es wird mithin nicht verlangt, daß das im § 814 enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, daß so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen." Vergl. Protokolle, ebenda; Denkschrift bei Mugdan, Die gesammelten Materialien zum B.G.B., Bd. 3 S. 963. Vergl. Planck, a. a. O. Anm. 1b zu § 858; Biermann, a. a. O. Anm. 1 zu § 858 (bei Biermann auch die entgegengehende Literatur); Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 6 zu § 858; Matthiaß, a. a. O. § 5 III B; Strohal, a. a. O. S. 49; Kniep, a. a. O. S. 423, 435.

97) Unrichtig ist es daher, wenn Cretschmar, a. a. O. S. 283 lehrt: „Unerlaubte Eigenmacht zieht die Folgen der §§ 823 ff. nach sich."

98) Vergl. Motive ebenda; Denkschrift daselbst; Planck, ebenda Anm. 2. — Ob Abs. I oder Abs. II anzuwenden sind, vergl. Kipp, a. a. O. S. 697.

2) Wenn wir nun auf Grund der beiden Erfordernisse der Fehlerhaftigkeit des Besitzes die Fälle untersuchen wollen, bei denen von Fehlerhaftigkeit gesprochen werden kann, so sind zunächst diejenigen Fälle auszuscheiden, bei denen der Besitz bereits vor der Entziehung — diese Art der Eigenmacht interessiert uns nämlich am meisten — auf irgend eine der im § 856 genannten Weisen beendigt worden war. Dies sind die Fälle, wenn entweder a) der Besitzer die Gewalt über die Sache verloren hatte, oder wenn b) er sie aufgegeben hatte. Dagegen ist es verbotene Eigenmacht, wenn jemand ohne Rücksicht auf den Willen (ohne die Zustimmung) des bisherigen Besitzers auf eigene Faust den Besitz erlangt hatte. Die Zustimmung des Besitzers ist, wie wir bereits für den Fall des mittelbaren Besitzes angenommen haben, ein der Anwendung der Rechtssätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung fähiges Rechtsgeschäft [99]).

Wie verhält sich nun die Frage, daß der neue Besitzer den Besitz durch Uebertragung (Einigung) erlangte [100])?

Diese Frage setzt wiederum eine andere voraus, nämlich:

---

99) Vergl. Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 2 zu § 858. Planck, a. a. O. Anm. 1a zu § 858 sagt: „Die zur Ausschließung der verbotenen Eigenmacht erforderliche — ausdrückliche oder stillschweigende — Zustimmung des Besitzers ist, wenn nicht ein Rechtsgeschäft, so doch eine Rechtshandlung, die der entsprechenden Anwendung der für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften unterliegt.“ Daß die Zustimmung an sich ein Rechtsgeschäft ist, darf nicht bezweifelt werden, zumal hier die oben sub § 7 II b) cc ausgesprochenen Bedenken nicht Platz greifen.

100) In diesem Zusammenhang kann von Uebertragung des Besitzes, wie bereits oben § 3 S. 131 f. angedeutet wurde, in doppeltem Sinne geredet werden, einmal in dem Sinne, daß der bisherige Besitzer zu der Entziehungshandlung des neuen Besitzers zugestimmt hat — darüber gilt das oben Gesagte —; dann in dem Sinne, daß es zur Einigung zwischen den Parteien über den Uebergang des Besitzes gekommen ist. Diesem letzten Fall seien die nächstfolgenden Ausführungen gewidmet.

Welches ist die Beschaffenheit des übertragenden Willens bei der Einigung?

Diese Frage findet ihre Beantwortung in den Motiven [101]), wonach die Einigung über den Uebergang des Besitzes eine relative, bedingte Besitzaufgabe enthält, welche sich in der Form der zweiseitigen Willenserklärung vollzieht. Auf diese zweiseitige Willenserklärung als solche sind die rechtsgeschäftlichen Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung entsprechend anwendbar [102]).

Erfolgt die Anfechtung, so ist die abgegebene Willenserklärung als von Anfang an nichtig anzusehen und dementsprechend ist der Besitz des Dritten nicht auf den Verfügungswillen des Uebertragenden zurückzuführen, welcher ihm die Qualität des mit dem Willen des Vorbesitzers erlangten verleihen würde. Daher ist dieser Besitz fehlerhaft und gegen ihn stehen dem Vorbesitzer die bekannten Schutzmittel zu. In

101) Daselbst S. 89: „Der konsensuale Besitzwechsel ist auf seiten des früheren Besitzers ein Aufgeben des Besitzes, bei welchem die Willenskundgebung manches Besondere hat." S. 90: „Das Aufgeben des Besitzes verliert den Charakter der Dereliktion und wird zur Tradition, wenn nur zu Gunsten einer bestimmten Person, damit diese im unmittelbaren Anschlusse an den früheren Besitz Besitzer werde, der Besitz aufgegeben werden sollte. Das Aufgeben soll in diesem Falle nur dann wirksam sein, wenn es dem Einverständnisse derjenigen Person, zu deren Gunsten es geschieht, begegnet. Die Willenseinigung des bisherigen Besitzers und des Besitzerwerbers ist die Voraussetzung dafür, daß gerade diese Art des Besitzwechsels stattfindet. Bei Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, wird man auf die beiderseitigen Willenskundgebungen die Vorschriften über die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen anzuwenden haben, so daß also im Falle der Geschäftsunfähigkeit, des wesentlichen Irrtums, der Anfechtung wegen Drohung oder Betruges die Voraussetzung nicht erfüllt ist."

102) Wir sprechen hier von einer entsprechenden Anwendbarkeit, weil die hierbei erstrebte Rechtswirkung — nämlich der Erwerb des Besitzes — ungeachtet der Einigung originär erworben wird (vergl. hierüber das oben S. 127 Gesagte).

dieser Hinsicht findet entsprechende Anwendung das oben § 7, 2 d Gesagte; nämlich die Relativität der Fehlerhaftigkeit des Besitzes, die Frist, an welche die Besitzansprüche gebunden sind, und das eventuelle Interesse an der Anwendung des § 221 (vergl. oben daselbst sub bb, cc, dd) bilden auch hier die Grenzen der besprochenen Wirkung der durchgeführten Anfechtung.

3) Die vorangegangene Auseinandersetzung hatte als Grundlage die Annahme der Begrenzbarkeit des Aufgabewillens, die wir oben S. 132 ff. zu begründen versuchten. Würde man aber diese Annahme nicht billigen, dann müßte man sagen, daß bei jeder Besitzübertragung zu gleicher Zeit eine Besitzaufgabe auf seiten des Uebertragenden mit enthalten sei. Dementsprechend würde in allen Fällen auch bei durchgeführter Anfechtung der Einigung ein Besitzverlust mit dem Willen des Vorbesitzers vorliegen, d. h. der Besitzerwerb des Dritten würde immerhin ein fehlerloser sein. Ob dies zutrifft, werden wir weiter erörtern.

a) Es seien vorerst gewisse Einwendungen besprochen, welche möglicherweise gegen die Resultate der obigen Untersuchung sub 2 erhoben werden könnten. Diese Einwendungen würden folgendermaßen lauten:

1) Wird im Falle der Uebertragung des Besitzes die Einigung angefochten, so steht dem Vorbesitzer der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (§ 812 ff.); folglich ist es nicht notwendig, ihm die Besitzschutzmittel zuzusprechen [108]).

---

108) Diese Einwendung würde ihren Halt finden im folgenden Zitat aus den Motiven, ebenda S. 103: „Von der Rechtsgültigkeit der Aufgebungserklärung hängt nicht, wie bei der Eigentumsdereliktion, die Wirksamkeit des sich anschließenden Erwerbes ab; es ist nur nötig, daß in der Person des Erwerbers die Erfordernisse der Besitzerwerbung sich erfüllen. Freilich wird, wenn die Erklärung nichtig war, die neue Erwerbung nicht als eine mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgende anzusehen sein

Dagegen haben wir ein Doppeltes zu bemerken: Wenn man den Gegenstand der condictio und ihre Voraussetzungen ins Auge faßt, so ersieht man, daß diese dem Besitzer nicht auf dieselbe Weise abzuhelfen vermag, wie es z. B. die Selbsthilfe tut. Wenn man andererseits die juristische Konstruktion in Betracht zieht, so ist zu sagen, daß gewiß, wenn da, wo die Berechtigung zum Besitz von dem Erfordernisse des konsensualen Besitzwechsels abhängt, dieses Erfordernis unerfüllt bleibt, der Besitz ohne rechtlichen Grund erlangt worden ist und die §§ 812 ff. Platz greifen; im Falle aber der Fehlerhaftigkeit des Besitzes ist das Unterbleiben des Willens des Vorbesitzers kein Fehlen des rechtlichen Grundes, sondern Mangel eines Tatbestandsmomentes, an welches der rechtliche Charakter der Fehlerhaftigkeit gebunden ist. Um den fehlerhaften Besitz zu bekämpfen, sind die Besitzschutzmittel gegeben.

2) Die Annahme, daß die Besitzklagen im Falle einer angefochtenen Besitzübertragungserklärung zulässig sind, führe zu Unträglichkeiten, da in dem Prozeß hierüber entgegen den Prinzipien des Besitzprozesses petitorische Elemente in Betracht kommen müßten.

Dagegen ist zu bemerken, daß petitorische Elemente ebenso gut in anderen Fällen in Betracht gezogen werden können, wo die Zulässigkeit der Besitzklage nicht beanstandet wird. Man denke an die Uebertragung des mittelbaren Besitzes [104]) und an die Fälle des § 854 II.

3) In Beziehung zu gewissen Folgen der verbotenen Eigenmacht, welche als Unrecht aufzufassen sei, wäre es wider Sinn und Recht, eine rechtmäßige Besitzerwerbungshandlung

---

und also da, wo der konsensuale Besitzwechsel Erfordernis eines Rechtserwerbes ist, dieses Erfordernis unerfüllt bleiben, auch eventuell eine cond. poss. begründet sein."

104) Vergl. hierüber Kipp, a. a. O. S. 711, 2.

nachträglich als eine widerrechtliche auffassen und jene Folgen eintreten lassen zu müssen.

Zuzugeben ist dabei, daß die verbotene Eigenmacht ein Unrecht bildet, und daß an die verbotene Eigenmacht gewisse Folgen angeknüpft werden. Man denke an die §§ 992, 2025. Allein die verbotene Eigenmacht bildet ein objektives Unrecht, da es auf ein Verschulden des eigenmächtigen Besitzers nicht ankommt (vergl. das oben sub 1 Gesagte). Daß nun eine Tatsache nachträglich sich als verbotene Eigenmacht erweist, ist weder widersinnig noch widerrechtlich. Auch die Folgen des § 992 (entsprechendes muß für den § 2025 gelten) knüpfen sich nicht an die verbotene Eigenmacht schlechthin, sondern an die als Delikt qualifizierte verbotene Eigenmacht. Der Wortlaut des § 992 klingt gewiß zu allgemein. Wie er aber zu verstehen ist, das müssen wir ableiten einmal aus dem Grundgedanken des B.G.B. über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, worauf der § 992 selbst sich bezieht „Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht — den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen" — dieser Grundgedanke läuft auf das Prinzip des Verschuldens hinaus — [105]); dann aus der Entstehungsgeschichte des § 992 [106]); endlich aus der Auffassung der II. Kommission [107]).

---

105) Vergl. § 823 B.G.B. und dazu Protokolle cit. Bd. 1 S. 566 ff. Dieser Grund bestimmte zu derselben Annahme Biermann, a. a. O. Anm. zu § 992; Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 1 zu § 992.

106) Man vergl. die gewissermaßen parallel gehenden §§ 900, 931, 935 des Entw. I mit den §§ 955, 987, 989, 990 des B.G.B., bei welchen allen es auf das Verschulden ankommt, so daß anzunehmen ist, daß auch für den § 992 dasselbe gelten muß.

107) Vergl. Protokolle cit. Bd. 3 S. 348: „Aus der Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen folge, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze nur eintrete, wenn dem Täter ein Verschulden zur

b) Wenden wir uns nunmehr zu der Besprechung der Ansicht, daß bei der Besitzübertragung immer eine unbedingte Besitzaufgabe auf seiten des Uebertragenden stattfindet[108]). Wir müssen nun auf die im § 3 vorgenommenen Erörterungen zurückgreifen. Dort haben wir festgestellt, daß die Besitzauf-

---

Last falle, wenn er also gewußt habe oder habe wissen müssen, daß er unerlaubte Handlung begehe." Dieselbe Ansicht teilt auch Matthiaß, a. a. O. § 30 III S. 89. Cretschmar, a. a. O. S. 341 schweigt in Betreff des § 992; für den § 2025 (daselbst S. 687) verlangt er das Moment des Verschuldens jedoch in, nach unserem Erachten, beschränktem Sinn. Uebrigens ist hier zu sagen, daß diese Frage keine Bedeutung hat für die Fälle der zwei Anfechtungsgründe Drohung und Betrug, da dieselben unter die strafbaren Handlungen des § 992 fallen.

108) Diese Ansicht scheinen die Verfasser des Entw. I geteilt zu haben. Nach den Motiven nämlich (ebenda S. 91—92) ist es möglich, daß beim konsensualen Besitzwechsel infolge des äußeren Vorganges ein Besitzverlust auf der einen Seite eingetreten sei. Als Beispiel führen die Motive an, daß ein Wahnsinniger in solchem Falle nur corpore den Besitz verliert. Ein Geschäftsfähiger soll daher, nach den Motiven, den Besitz animo verlieren. Weiter sprechen die Motive ebenda S. 103 nur von der Eventualität einer condictio possessionis (vergl. oben Anm. 103). Diese Auffassung scheint durch die in der vielbesprochenen L. 18 § 1 D. 41, 2 auftretende Ansicht des Celsus unterstützt zu werden (die Literatur zu dieser Lex bei Windscheid, a. a. O. § 156 Anm. 10). Allein es muß hiergegen betont werden, daß die Römer sich nur dafür interessierten, ob bei der Aushändigung der Sache im Besitzübertragungsvertrag Besitz auf seiten des Uebertragenden existierte — „tu possidere desinis" —, nicht ob der Besitz des Erwerbers mit dem Willen des Vorbesitzers erlangt war. Für die Römer hatte dieser Umstand keinen besonderen Wert, insoweit, als sie einen anderen Begriff der vitiosa possessio aufstellten. Sie verlangten nämlich vi dejectio oder clam occupatio oder precarium. Würde aber, dessen ungeachtet, anzunehmen sein, daß diese lex auch die Frage entscheide, ob Aufgabe des Besitzes vorliegt, so wäre dagegen auf die Antinomie zu verweisen, welche in den Leges 34 pr. D. eod., 18 pr. D. 43, 16 enthalten ist. Diese zuletzt genannten leges sollen die richtige Meinung vertreten (Windscheid ebenda). Und, überhaupt, die in der L. 18 § 1 cit. vorkommende Lösung ist nur als eine Interpretation des Parteiwillens gemeint. Diese Interpretation könnte, gegebenen Falls, auch anders ausfallen.

gabe, was die Existenz des Besitzes anbelangt, in der Frage des Besitzverlustes aufgehe. Der Verlust ist das für die Beendigung des Besitzes wichtigste Moment. Da, wo von Aufgabe besonders geredet werden kann, geschieht dies deshalb, weil der Gesetzgeber den Zweck verfolgt, dem Besitzer die Gelegenheit zu geben, auch mit gemindertem Korpus den Besitz zu beendigen; es ist dies eine lediglich zu Gunsten des Besitzers eingeführte Einrichtung. Diese Aufgabe kann nach dem Gesetze selbst als eine bedingte (Uebertragung) gelten (§ 854 II).

Wie wäre nun möglich zu sagen, daß, wenn eine Aushändigung der Sache unmittelbar stattgefunden hat, der Besitz als ein bedingungslos aufgegebener anzusehen ist? Daß der Besitz dabei eventuell verloren gegangen ist, ist möglich; den Verlust aber rücksichtslos auf den unbedingten Aufgebungswillen des Uebertragenden zurückzuführen, ist weder logisch noch notwendig. Notwendig wäre dies nur dann, wenn vor den Individualinteressen der Parteien das Interesse der Gesellschaft zu schützen wäre, was nach dem im § 3 Gesagten nicht der Fall ist (man denke auch an die Relativität der Fehlerhaftigkeit des Besitzes, die einen Schutz den Interessen der Gesellschaft gewährt). Logisch ist andererseits nicht, wenn das Gesetz im § 854 II eine bedingte Aufgabe anerkennt, d. h. wenn es die Zulässigkeit von Bedingungen bei der Einigung zugibt (die Einigung ist selber eine bedingte oder relative Besitzaufgabe), die Aushändigung bei der Besitzübertragung als eine bedingungslose Aufgabe aufzufassen[109]). Hier stehen wir nämlich höchstens vor einer quaestio facti. Daß weiter das Bedürfnis des Schutzes der Parteiinteressen die Zulässigkeit der Begrenzung des Aufgebungswillens erheischt, haben wir auch gesehen. Eine logische Folge davon ist, dem im B.G.B. § 116 ff.

109) Diesen Fehler begeht Dernburg, a. a. O. § 21 Ziff. 2 Anm. 3. Ihm schließt sich an Kniep, a. a. O. S. 285—286.

anerkannten Willensdogma entsprechend, die Partei gegenüber den Folgen etwaiger mangelhafter Erklärungen oder Erklärungen eines fehlerhaft motivierten Willens zu schützen.

Um dies noch fester zu unterstützen, wollen wir nun im folgenden nachzuweisen versuchen, daß die Annahme von dem notwendigen Vorhandensein zweier Willenserklärungen bei der Besitzübertragung in absurda führt.

aa) Wenn wir sagen würden, wie die Motive es anzunehmen scheinen, daß bei der Besitzübertragungserklärung zwei Willenskundgebungen vorliegen, eine bedingungslose (Aufgabe) und eine relative (Uebertragung), so heißt dies der Tatsache Gewalt tun, daß hier nur e i n e Willenskundgebung abgegeben wird, welche auf zwei Erfolge geht, deren einen sie von dem anderen abhängig macht: Besitzeinräumung = Besitzaufgabe bedingt durch Besitzergreifung. Der Parteiwille bei der Besitzübertragung setzt sich selbst die Grenzen seiner Wirksamkeit. Dies geschieht durch eine und dieselbe Erklärung. Die Aufgebungserklärung beim Uebertragungsakte geschieht unter einer Bedingung (essentiale negotii), d. h. die Wirkungen der Aufgabe sollen dann eintreten, wenn ein Gegenwille im Einverständnisse mit dem Aufgebungswillen rechtsgültig abgegeben ist. Im Verhältnisse von Parteiwille und Parteiwillens-Selbstbeschränkung ist aber zu beachten, daß die beschränkte Wirkung des Willens auf Grund einer einheitlichen Willenskundgebung eintritt, während nur die beschränkte Wiederaufhebung der Wirkung zwei Willenserklärungen voraussetzt[110]. Nach dem Gesagten scheint es als unlogisch, die absolute Aufgebungserklärung mit der relativen oder bedingten, d. h. der Uebertragungserklärung, zusammenzuwerfen und in dieser auch jene als mitenthalten anzusehen. Daß eventuell bei einer Uebertragung auch eine absolute Besitzaufgabe stattfinden kann,

110) Man vergl. hierüber W i n d s c h e i d, a. a. O. § 86.

ist zuzugeben. Diese aber wird aus anderen begleitenden Umständen abzuleiten sein, nicht aus der Uebertragungserklärung. Im Gegenteil, die Uebertragungserklärung schließt die absolut wirkende Aufgabe aus.

bb) Sollte andererseits die Unterscheidung bedeuten, daß bei der Uebertragung der Uebertragende seinen Besitz quoad possessionem aufgibt, d. h. willentlich beendigt, quoad traditionem aber, d. h. in Betreff der Herbeiführung der an eine Uebertragung geknüpften Wirkungen (wie z. B. betreffs dinglicher Rechte 2c.) seinen Besitz nur relativ zu Gunsten der Gegenpartei aufgibt, so daß nur diese als Nachfolger im Besitze erscheine 2c., so wäre für jeden Dritten die Möglichkeit eröffnet, den Besitz in der Zwischenzeit zu ergreifen und ihn als einen mit dem Willen des bisherigen Besitzers erlangten zu behaupten. Dadurch aber würden die Interessen des Besitzers, die das B.G.B. zu schützen gedenkt, bloßgestellt. Andererseits mußte man in einem solchen Falle den Begriff Diebstahl vermissen, d. h. es könnte kein Diebstahl begangen sein, da die gestohlene Sache in keines Gewahrsam gestanden haben würde, weil der Uebertragende auf ihn verzichtet und der Empfänger ihn noch nicht ergriffen haben würde. Solche Schlußfolgerungen aber, welche ins Abenteuerliche führen, schließen die Motive (S. 92—93) selbst aus. Es fragt sich also, was bleibt denn aus dem Dualismus des Aufgebungswillens übrig? Sollte er etwa aufrecht erhalten bleiben für den Fall, daß der Empfänger handgreifliche Gewalt ergriffen hat? Was würde uns zu einer solchen Annahme zwingen? Etwa das soziale Interesse? Allein die Wirkung der Aufgabe ist beschränkt, gerade in Hinsicht zu jedem Dritten außer der Vertragspartei; vom sozialen Interesse darf daher keine Rede sein. Sollte nun der Aufgebende an seine auch anfechtbare Aufgebungserklärung der Vertragspartei gegenüber gebunden sein?

cc) Die zuletzt aufgeworfene Frage wird von dem B.G.B. selber verneinend beantwortet, denn es gibt einen Paragraphen, der unmöglich in Einklang gebracht werden kann mit der Auffassung, daß die Uebertragung, natürlich die Uebertragungsofferte, eine unbedingte Aufgabe mit enthalte. Dies ist der § 303, welcher zwischen Besitzübertragungsangebot und Aufgabe unterscheidet und welcher anzuwenden ist auch im Fall einer vom Gläubiger angefochtenen Uebertragung.

Es wäre hierbei an folgende Beispiele zu denken: 1) A ist verpflichtet, dem B das Grundstück c herauszugeben. Zwischen ihnen ist es zu einer Besitzübertragung gekommen, bei welcher der B das übergebene Grundstück c in der doppelten irrigen Meinung in Besitz nimmt, nämlich: seine Forderung gehe auf Uebertragung des Grundstücks d, und das ihm übertragene Grundstück c sei das Grundstück d. Als B später seinen Irrtum betreffs des ihm übergebenen Grundstücks entdeckt, während er immer noch glaubt, daß er das Grundstück d zu fordern habe, ficht er die Einigung an, gibt das Grundstück c auf und verlangt die Uebertragung des Grundstücks d. A hat jetzt ein Interesse, bei so gestalteter Sachlage den Gläubigerverzug herbeizuführen und auch seinerseits das Grundstück c aufzugeben. 2) E stirbt, nachdem er zu Gunsten des B ein Vermächtnis angeordnet hat, dessen Inhalt dahin geht, A (Erbe des E) soll dem B sein (des A) Wohnhaus c unentgeltlich bis zu Bs Lebensende lassen. Dasselbe Wohnhaus hat A an B vor dem Tode des E für Bs Lebenszeit vermietet, ohne jedoch ihm den Besitz überlassen zu haben. Nach dem Tode des E kommt es zwischen A und B zur Besitzübertragung des Grundstücks c, wobei A ausdrücklich erklärt, die Uebertragung geschehe zur Erfüllung des Mietvertrages, und B zwar die entsprechende Annahmeerklärung macht, sich aber im Irrtum befindet, indem er zu erklären meint, er übernehme das Grundstück zur Er-

füllung des Vermächtnisses. Als A den ausbedungenen Mietzins im voraus fordert, entdeckt B seinen Irrtum, ficht seine Annahmeerklärung an, zieht aus dem Hause und strengt die Klage an auf Erfüllung des Vermächtnisses. A ficht seinerseits mit Erfolg, z. B. wegen Irrtums des Erblassers, das Vermächtnis an. Vorher hat er aber ein Interesse, den Gläubigerverzug herbeizuführen und das Wohnhaus, bei so gestalteter Sachlage aufzugeben.

Diese Ausführungen haben dazu gedient, um den Glauben an die logische Richtigkeit des von uns vertretenen Standpunktes zu befestigen. Daß Zweckmäßigkeitsrücksichten für den Dualismus des Aufgebungswillens bei der Besitzübertragung sprechen, könnte man vielleicht aus den dem Verkehr ungünstigen Resultaten der Anwendung unserer Ansicht auf den § 935 folgern. Hiergegen sei betont, daß andererseits die dualistische Theorie keinen Anspruch auf Zweckmäßigkeit der Anwendung hat, in Hinsicht auf den § 940 II. Darüber wird in dem folgenden Paragraph eingehend diskutiert.

Als ein weiteres Argument sei hier angeführt, daß die Anwendbarkeit der Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung auf die einfache Zustimmung zu der Besitzstörungs-, resp. Entziehungshandlung nicht beanstandet werden kann. Daß weiter die Zustimmung des unmittelbaren Besitzers zu der Entziehungshandlung als eine bedingte Besitzaufgabe erscheine, haben wir bereits oben § 3 auseinandergesetzt. Es läßt sich kein Grund erblicken, weshalb die hier anerkannte Zulässigkeit der Begrenzung des Parteiwillens nicht auch bei der Aushändigung der Sache durch den Besitzer anerkannt werden könne.

Es sei zuletzt auch folgendes betont. Würde man beim Uebertragungsakt das Vorhandensein eines absoluten Aufgebungswillens erblicken, so wäre bei der Besitzübertragung

von seiten eines Geschäftsunfähigen dessen Besitz als mit seinem Willen aufgegeben zu betrachten sein, da für die Besitzaufgabe nur die Handlungsfähigkeit erforderlich ist. Dementsprechend würde die Besitzergreifung des Dritten keine verbotene Eigenmacht sein. Dieser Schluß ist aber unbillig [111]). Daß wir ihn nicht annehmen, bedeutet eben, daß bei der Uebertragung die Besitzaufgabe nicht als eine Tatsache, als eine Handlung aufzufassen ist, sondern ähnlich wie ein Rechtsgeschäft. Rechtsgeschäfte aber werden ausgelegt, bei ihnen ist der Parteiwille zu erforschen und das Willensdogma durchzuführen.

Daß schließlich unsere Auffassung dem Postulat (oben S. 111) entspricht, braucht kaum besonders hervorgehoben zu werden.

§ 9. Fälle, in denen die Besitzübertragung die Voraussetzung der Begründung eines dinglichen Rechtes bildet.

1) Es handelt sich zunächst um die oben § 3 IIa besprochenen Fälle, bei welchen zur Begründung eines dinglichen Rechtes die im Wege der Einigung erfolgte Besitzerlangung vorausgesetzt wird. In Hinsicht auf diese Fälle wird übereinstimmend von den Verfassern des Entwurfs I und in der Literatur zum B.G.B. gelehrt, daß die Rechtssätze über An-

---

111) Vergl. Cosack, a. a. O. § 190 III 2 a in Verbindung mit § 188 II 1. Kniep a. a. O. verlangt für die Uebergabe die Geschäftsfähigkeit (S. 284), führt den freiwilligen Besitzverlust auf einen Aufgebungswillen zurück (S. 265), verlangt für die Besitzentziehung eine Willenshandlung (S. 102) und stellt für den fehlerhaften Besitz das Willensmerkmal auf (! vergl. auch oben Anm. 9), sagt, daß der erzwungene Aufgebungswille einen freiwilligen Besitzverlust herbeiführe, läßt jedoch die Anfechtung dieses Verlustes zu (S. 265) und läßt auch uns im Unklaren, wie dies gemeint ist.

fechtbarkeit und Anfechtung auf die Besitzübertragung Anwendung finden [112]).

Diese Ansicht ist richtig und auch wir teilen dieselbe, denn damit, daß die in den zitierten Paragraphen angegebenen Normen den Erwerb der betreffenden Rechte von dem konsensualen Besitzerwerb abhängig machen, wird zugegeben, daß es dem Parteiwillen zusteht, die Grenzen seiner Wirkung zu bestimmen, über die ihn angehenden Privatinteressen zu verfügen. Da nun dieser Parteiwille zu einer zweiseitigen Erklärung gebracht werden muß, so entspricht es dem im B.G.B. anerkannten Willensdogma, die Partei gegen die Folgen etwaiger mangelhafter Erklärungen oder eines mangelhaft motivierten Willens zu schützen. Was die Wirkung der durchgeführten Anfechtung anbelangt, ist folgendes zu sagen: Das tatsächliche Verhältnis, in welchem die Parteien zur Sache stehen, wird, seiner Existenz nach, von der Anfechtung nicht beeinflußt. Der Besitz bleibt bei demjenigen, bei dessen Person die Voraussetzungen des Besitzes zutreffen. Die Eigenschaft aber des Besitzes, im Wege der Einigung erlangt worden zu sein, ist nachträglich zerstört. Daher sind auch die kraft der bezeichneten Paragraphen des B.G.B. eingetretenen Wirkungen nachträglich weggefallen. Für diese Rechtswirkungen gilt die Einigung als von Anfang an nichtig (§ 142 I) [113]).

---

112) Vergl. Motive cit. S. 89 ff.; Planck, Anm. 3 zu § 854; Fischer-Henle, Anm. 10 zu § 854.

113) Das eben Gesagte entbehrt der praktischen Bedeutung in einem Fall. Wenn es sich nämlich um die Anwendung des § 932 I 2 B.G.B. handelt, so wird kaum zu denken sein, daß die erste Besitzübertragung von seiten des Veräußerers selbständig und unabhängig von der zwecks der Eigentumsübertragung erfolgten traditio brevi manu angefochten werden kann, so daß vorliegender Paragraph und Satz Platz greifen können; denn entweder wird derselbe Fehler an der traditio brevi manu haften, oder er wird durch dieselbe geheilt worden sein, kraft § 144 I.

2) Wir schreiten jetzt zu der Erörterung der gegen Schluß des § 2 aufgeworfenen Frage, welche mit der dort besprochenen formellen Verfügungsgewalt des Besitzers zusammenhängt: ob nämlich unter die im § 935 I B.G.B. als abhanden bezeichneten Sachen auch solche zu rechnen sind, welche übertragen wurden kraft einer anfechtbaren Uebertragungserklärung, die angefochten wird. Welche Schwierigkeiten bei dieser Frage entstehen, haben wir bereits dort gesehen. Es tauchen hierbei zwei scharf gegeneinander kämpfende Interessen auf, das soziale und das individuale, welche beide schutzbedürftig sind. Welchem von beiden wird abzuhelfen sein? [114])

Zur Beantwortung dieser Frage kann man zwei Wege einschlagen. Entweder nämlich wird man die Grundsätze des

---

114) Die Beantwortung dieser Frage fällt in der bezüglichen Literatur verschieden aus. Dernburg, a. a. O. § 103 sagt, daß ein Abhandenkommen vorliege, wenn ein Geisteskranker in der Geisteskrankheit den Besitz übertrug, ebenfalls wenn sich jemand seiner Sache in einer Notlage entschlug, drittens im Falle des widerrechtlichen Zwanges. Gab dagegen der Eigentümer den Besitz infolge wesentlichen Irrtumes, insbesondere einer Verwechselung, auf, so sei die Vindikation nicht zuzulassen, da hier der Besitzverlust doch immerhin auf der freien Entschließung des Besitzers beruhe. Biermann, a. a. O. Anm. 3 zu § 935 argumentiert, daß nach B.G.B. entscheidend sein dürfte, daß der Erwerber, trotz des Willensmangels des Veräußerers, Eigentümer werde, und daß nur sein Eigentum anfechtbar sei. Damit aber bringe das Gesetz zum Ausdruck, daß es das Vorhandensein eines Uebergabewillens beim Eigentümer angenommen wissen wolle, die Sache als eine nicht abhanden gekommene ansehe. Biermann schließt sich Matthiaß, a. a. O. § 20 III an. Aehnliches lehren Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 1 zu § 935. Cretschmar, a. a. O. S. 321 zählt unter die abhanden gekommenen Sachen auch die durch Verwechselung abhanden gekommenen; er vertritt also die von Dernburg bekämpfte Ansicht Goldschmidts, daß die Anfechtbarkeit wegen Irrtums anwendbar sei. Dagegen habe der § 935 keine Geltung für Betrug. Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 935 nimmt die Zulässigkeit der Anfechtbarkeit und Anfechtung an. Zur Besprechung dieser verschiedenen Ansichten werden wir unten zurückkehren.

B.G.B. über Besitzaufgabe und Besitzübertragung zur folgerichtigen Durchführung bringen, oder von außerhalb des Gesetzes her Billigkeitsrücksichten geltend machen wollen.

Zunächst soll festgestellt werden, was unter abhanden gekommenen Sachen verstanden werden muß. Abhanden gekommen ist eine Sache dann, wenn der Besitz dieser Sache ohne den Willen des unmittelbaren Besitzers beendigt worden ist[115]).

a) Wenn nun der Besitzer die Sache kraft einer anfechtbaren und angefochtenen Uebertragungserklärung aufgegeben hat, ist diese Beendigung auf seinen Willen zurückzuführen? Motive cit. S. 348 ff. bejahen diese Frage: „Das Aufgeben der Inhabung durch einen Geschäftsunfähigen ist Verlust ohne Willen; diesem Falle ist jedoch das Aufgeben der Inhabung durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person oder das Aufgeben infolge rechtswidriger Einwirkung auf den Willen des Aufgebenden durch Drohung oder Betrug nicht gleichzusetzen, da hier der willentliche Verlust der Inhabung wegen der obwaltenden rechtsgeschäftlichen Mängel nicht als Verlust ohne Willen erscheint und eine Ausdehnung der Ausnahmenorm über das ihr zu Grunde liegende Prinzip hinaus zu weit führen würde.“

Um eine Unterlage für diese Entscheidung zu finden, könnte man nur auf den Dualismus des Aufgebungswillens sich berufen. Gegen diesen Dualismus beim Besitzübertragungsakt

115) Vergl. Planck ebenda: „Unter Berücksichtigung der Besitzterminologie des B.G.B. ist eine Sache als abhanden gekommen anzusehen, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat.“ Biermann, a. a. O. Anm. 2 zu § 935: „Abhanden gekommen ist diejenige Sache, deren Besitz dem Besitzer durch ein von seinem Willen unabhängiges Ereignis entzogen worden ist.“ „Den Gegensatz zu den abhanden gekommenen Sachen bilden diejenigen, deren Besitz der Eigentümer freiwillig aufgegeben hat.“ Aehnlich Fischer-Henle ebenda.

haben wir uns bereits im vorangegangenen Paragraphen ausgesprochen. Die Aufgebungserklärung ist eine einheitliche Erklärung und, ihrer Beschaffenheit halber, den Grundsätzen über Anfechtbarkeit und Anfechtung unterworfen. Die durchgeführte Anfechtung bewirkt, daß die Aufgebung als eine von Anfang an nichtige behandelt werde. Daher ist die Beendigung des Besitzes nachträglich als eine ohne den Willen des Besitzers herbeigeführte anzusehen, und die Sache ist als eine von Anfang an abhanden gekommene zu betrachten [116]).

Steht man auf dieser Grundlage, d. h. auf dieser Auffassung des Besitzübertragungsaktes, so ist eine andere Lösung des Problems nicht möglich. Indessen kommt Biermann zur entgegengesetzten Annahme, daß auch nach durchgeführter Anfechtung der Uebergabewille als vorhanden betrachtet werden muß. Die Biermannsche Argumentation haben wir bereits kennen gelernt. Gegen dieselbe sei nun folgendes festgestellt. Daß der Erwerber Eigentümer wird, und sein Eigentum nur anfechtbar ist, bedeutet nicht, daß etwa das Gesetz das Vorhandensein eines Uebergabewillens unter allen Umständen angenommen wissen will, sondern nur, daß solange die Anfechtung nicht erfolgt, die Uebertragungswillenserklärung die beabsichtigten Rechtsfolgen erzeugt. Hat die Anfechtung stattgefunden, so ist die Uebertragungswillenserklärung als von Anfang an nichtig anzusehen und die an dieselbe geknüpften oder zu knüpfenden Rechtsfolgen entbehren ihrer rechtlichen Basis. Es entstehen hierbei 2 Fragen: 1) Welches ist das Verhältnis zwischen der Qualität des Abhandenkommens und der Uebergebungs-, d. h. bedingten Aufgebungswillenserklärung? 2) Teilt diese Qualität

116) Dem Resultate nach übereinstimmend Planck ebenda, welcher jedoch eine unbedingte, absolute Aufgabe des Besitzes im Auge hat, daher für die Feststellung des Anfechtungsgegners den Abs. IV des § 143 B.G.B. verwertet, während richtigerweise der Abs. II entsprechend anzuwenden ist.

das Schicksal der eventuell anfechtbaren und angefochtenen Willenserklärung? Daß in der Aufstellung dieser Fragen keine petitio principii liegt, wie Planck von seiten Biermanns vorgeworfen wird, braucht kaum gesagt zu werden. Diese beiden Fragen werden von Biermann folgendermaßen beantwortet: 1) den Gegensatz zu den abhanden gekommenen Sachen bilden die freiwillig aufgegebenen (Anm. 2 ebenda); 2) ist die Sache kraft einer anfechtbaren Uebertragungserklärung übertragen, so ist sie keine abhanden gekommene, denn wenn auch der Aufgebungswille dem Eigentümer zweifellos fehlt, ist dennoch der Besitz übertragen worden (Anm. 3 ebenda).

Bei dieser Argumentation aber verläßt Biermann das von ihm selbst aufgestellte Kriterium der Besitzaufgabe und greift willkürlich in das Moment der Uebergabe ein. Dabei übersieht er, daß die Uebergabe in bedingte Aufgabe und Uebernahme zerfällt, und daß dementsprechend die Uebergabe nicht in gewissen Rücksichten als eine rechtsgültige betrachtet werden darf, wenn die Aufgabe nachträglich als nichtig zu behandeln ist. Daß dem so ist, wird Biermann gestehen, in Hinsicht auf die Rechtsfolgen, welche an die Uebergabe geknüpft werden, und welche von der Anfechtbarkeit und Anfechtung der Uebergebungs-, d. h. bedingten Aufgebungswillenserklärung beeinflußt werden [117]).

Stichhaltig ist also die Argumentation Biermanns nicht. Eher dürfte Biermann den Satz aufstellen, daß beim Uebertragungsakt ein unbedingter, absoluter Aufgebungswille an den Tag tritt, von welchem die Qualität des Nichtabhandenkommens abhängt. Dies scheint aber Biermann nicht anzunehmen, da er mit den Motiven (daselbst S. 348) das

117) Vergl. oben sub 1 Biermann gelangt bei der Erläuterung des § 940 zu Inkonsequenzen, wie es sich später erweisen wird (vergl. unten Anm. 128).

Requisit der Geschäftsfähigkeit verlangt, welches er für die Besitzaufgabe sonst nicht aufstellt [118]).

Es sei hier noch ein Wort gegen die Ansicht Cretschmars gestattet. Wenn Cretschmar (ebenda) behauptet, daß der § 935 für den Fall des Betruges keine Geltung habe, und dies darauf begründet, „denn auch der getäuschte Wille ist Wille, sofern es ein im Rechtsleben anzuerkennender Wille ist, insbesondere also nicht etwa bei der freiwilligen Besitzaufgabe eines Geschäftsunfähigen", so ist dem gegenüber zu verweisen auf den § 123 B.G.B., welcher die dem getäuschten Willen im Rechtsleben beizumessende Bedeutung enthält. Unsere Frage spitzt sich ja darauf hin, ob wir bei der Besitzübertragung einen der Täuschung entgehenden, absolut wirkenden Aufgebungswillen haben (diese Frage ist wiederum auf die andere zurückgeführt, ob die Besitzaufgabe unbegrenzbar ist, ob sie eine Rechtshandlung ist); nehmen wir a priori einen getäuschten Willen an, so wissen wir, daß er anfechtbar ist, und daß, wenn er angefochten worden, er als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

b) Die entgegenstehende Ansicht, wovon bereits die Rede war, müßte juristisch auf dem Prinzip des Dualismus des Willens bei dem Uebertragungsakt konstruiert werden und zwar aus folgenden Erwägungen.

---

118) Wir meinen damit folgendes: Wenn man für die Beurteilung des Nichtabhandenkommens die Tatsache der Willenskundgebung und nicht den rechtsgeschäftlichen Willen als entscheidend erachtet, so ist nicht einzusehen, weshalb der tatsächlich den Besitz beendigende Wille des Geschäftsunfähigen als ein Aufgebungswille auch in diesem Zusammenhang nicht ausschlaggebend wäre. Vom B.G.B. wird das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit nicht positiv aufgestellt, wie z. B. im § 8, betreffs einer anderen Rechtshandlung, vorkommt. Handelte es sich hier nur um Tatsachen, um die Uebertragungshandlung, so würde der Wille eines nur Handlungsfähigen genügen; will man aber die Geschäftsfähigkeitsgrundsätze entsprechend angewandt wissen, so bedeutet dies, daß es sich hier nicht um den tatsächlichen, sondern um den rechtsgeschäftlichen Willen handelt.

Die Rechtssätze über die formelle Verfügungsgewalt des Besitzers streben zwar nicht nach der Aufrechterhaltung des äußeren Friedens — in solchem Falle wissen wir bereits, daß, wenn der äußere Frieden nicht zu leiden hat, die Individualinteressen des Besitzers nach seinem Parteiwillen zu schützen sind —, sondern sie sind dazu da, um die Interessen derjenigen Personen zu schützen, die im guten Glauben der Tatsächlichkeit vertraut haben. Deshalb erscheint der § 935 als eine Ausnahmeregel enthaltend. Eine Ausnahmeregel ist aber stricte interpretanda. Zur Unterstützung dieser Interpretation kommt noch die Entwickelungsgeschichte dieser Norm im germanischen Recht hinzu [119]).

Könnte daraus ein Argument entnommen werden, daß im römischen Recht die exceptio doli nur beschränkt auf den Sondernachfolger in ein durch Betrug entstandenes dingliches Recht überging [120])? Unseres Erachtens nein! Denn der Begriff der Anfechtbarkeit und die Wirkung der Anfechtung waren im römischen Recht nicht einheitlich geregelt. Man denke an die actio und die exceptio quod metus causa, welche in rem scriptae waren. Von einer Entwickelung des § 935 aus dem römischen Recht kann demnach keine Rede sein.

c) Von den beiden besprochenen Ansichten (a, b) folgen wir der ersten. Denn nur sie entspricht der juristischen Folgerichtigkeit; gegen die Zweckmäßigkeit der zweiten Auslegung haben wir auf die Nachteile aufmerksam zu machen, welche sonst dem Besitzer bei der Auslegung des § 940 II widerfahren müßten.

---

119) Vergl. Lehmann, a. a. O. § 58 Ziff. 2 u. 3. Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht (im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 89 S. 402 ff.) spricht von der Bestimmung des § 935 B.G.B. als von einer Ausnahmebestimmung; allein seine Argumente gehen über die Wiedergabe von Stellen aus den Motiven nicht hinaus.

120) Vergl. hierüber Windscheid, a. a. O. § 78 Anm. 6.

Die hier getroffene Entscheidung gilt entsprechender Weise auch in Hinsicht auf die §§ 926 II, 1207, 1208 und den § 1006 I [121]).

3) In Anschluß an diese Ausführungen wollen wir jetzt folgende Frage untersuchen, welche im Zusammenhang mit derjenigen Rechtswirkung des Besitzes steht, die wir oben § 2 II b genannt haben, d. h. mit der Wirkung, daß der Besitz in seiner Eigenschaft als Eigenbesitz durch die Ersitzung zum Erwerbe des Eigentums 2c. führt.

121) Wäre der Dualismus des Willens anzunehmen, so wäre vielleicht die unterscheidende Ansicht Dernburgs zu billigen, welche begründet ist auf der Annahme, daß unter Abhandenkommen ein Besitzverlust zu verstehen ist, der sich nicht in den eigenen Entschließungen des Besitzers begründet. In solchem Fall würde möglich sein zu sagen, daß diejenige Anfechtbarkeit ausgeschlossen sei, welche auf einer Fehlerhaftigkeit der Erklärung, nicht hingegen diejenige, welche auf einer Fehlerhaftigkeit der Willensbildung (fehlerhaften Motivierung des Willens) beruhe. Demgemäß wäre die Entscheidung Dernburgs zu billigen, wonach die wegen Zwanges und Erpressung aufgegebene Sache eine abhanden gekommene ist. Die Rechtfertigung dieser Entscheidung Dernburgs, daß billig Zwang und Erpressung dem Diebstahl gleichstehen, ist jedoch nicht zu billigen. Der § 935 bezweckt nicht die Strafe des Diebes; die schädliche Wirkung des genannten Paragraphen trifft den gutgläubigen Erwerber; von Billigkeit kann gegenüber diesem nicht die Rede sein. Daher wäre dieses Argument auch nicht de lege ferenda von Bedeutung, wie Biermann eod. meint. Auch die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung wäre zuzulassen; die Anfechtbarkeit wegen Irrtums aus dem § 119 I B.G.B. jedoch nicht, sofern es sich um eine Fehlerhaftigkeit der Erklärung handelt. Andererseits ist, entgegen der Dernburgschen Ansicht, eine in der Notlage aufgegebene Sache keine abhanden gekommene, weil in solchem Fall die Motivierung des Willens keine im Sinne der Anfechtbarkeitsgrundsätze fehlerhafte ist. Wenn Biermann, a. a. O. Anm. 3 zu § 935 meint, daß hier überhaupt kein Besitzverlust erfolgt sein dürfte, so ist diese Meinung nur dann richtig, wenn der Tatbestand des § 856 II zutrifft, was nicht immer der Fall sein muß. Es sei hier zuletzt bemerkt, daß die Ansicht Dernburgs, die eben besprochen wurde, im Widerspruch steht mit den Motiven, da, wie bekannt, die Motive zur Charakterisierung des Abhandenkommens Wert auf den tatsächlich bekundeten Willen, nicht auf dessen Gültigkeit legen.

Wenn eine anfechtbare Besitzübertragung stattgefunden hat, die angefochten worden ist, ist der Besitz als ohne den Willen des Besitzers verloren gegangen anzusehen oder nicht?

Diese Frage ist wichtig für die Anwendung des § 940 II und entsprechend für die der §§ 900 I 2, 927 I 2, 945, 2, 955 III, 1033, 2.

Gemäß unserer Auffassung über den Besitzübertragungsakt ist die obige Frage mit einer Verneinung zu beantworten. Folgende Erwägungen kommen hier in Betracht.

Der Zweck des Ersitzungsinstitutes überhaupt geht auf die Wahrnehmung der Interessen des Besitzers. Der Zweck des bezüglichen Paragraphen und Absatzes (§ 940 II) geht dahin, dem Ersitzenden einen höheren Schutz, eine bevorzugte Stellung zu gewähren. Diesem Zweck entsprechend ist der § 940 II in gehöriger Weite zu verstehen. Würden wir nun den Dualismus des Willens beim Besitzübertragungsakt annehmen, so wäre zu sagen, daß in solchem Fall der Besitz immer mit dem Willen des Vorbesitzers verloren gegangen wäre, so daß, wenn auch der frühere Besitzer durch eine andere als die Besitzschutzklage[122]) den Besitz wiedererlangt hätte, dennoch dieser Umstand dem § 940 II nicht genügen würde, da wir das Tatbestandsmoment „ohne den Willen des Besitzers verloren gegangen sein" vermissen müßten. Diese Schlußfolgerung aber ist zu verwerfen, da sie dem Zweck des Gesetzes zuwiderläuft[123]).

---

122) Zu denken wäre dabei an die condictio possessionis §§ 812 ff., die Klage aus dem § 1006.

123) Könnte man sagen, daß dem Ersitzenden dadurch abgeholfen wird, daß man den § 943 in Anwendung bringt? Gewiß nicht, da dieser Paragraph das Requisit der Rechtsnachfolge aufstellt, welche nach der Anfechtung der Uebertragung nicht stattfindet (vergl. unten § 11, 1), so daß der frühere Besitzer die bis zur Uebertragung verflossene Ersitzungszeit nicht in Anspruch nehmen kann, und da dem früheren Besitzer auch die Ersitzungszeit des Empfängers nicht angerechnet werden könnte, wenn letzterer bös-

Dadurch aber werden wir zu folgenden Schlüssen geführt: a) Bei einer anfechtbaren und angefochtenen Besitzübertragung ist der Besitz des Erwerbers als ein ohne den Willen des Uebertragenden erworbener anzusehen.

b) Dem Ersitzenden sind die Besitzschutzmittel zu gestatten, da nur diese den nichtwillentlichen Besitzverlust notwendig voraussetzen[124].

---

gläubiger Besitzer war (vergl. Kipp, a. a. O. S. 382 Ziff. 5). Die im Text angegebenen Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche uns zu unserer Annahme zwangen, sind wahrscheinlich auch für Biermann bestimmend, um zu demselben Resultate zu kommen. Die Biermannsche Argumentation lautet allerdings anders, a. a. O. Anm. 2 zu § 940: „Hat der Besitzer den Besitz infolge eines die Anfechtung begründenden Willensmangels verloren, so hat er ihn nicht ohne seinen Willen verloren (Biermann beruft sich dabei auf seine Ansicht in Beziehung zu § 935), erfolgt dann aber die Anfechtung, so gilt der Besitz als nicht verloren." Gewiß ist diese Argumentation nichts weniger als zutreffend. Nimmt man mit Biermann an, daß der Besitz mit dem Willen des Uebertragenden verloren gegangen ist, so ist die Anwendung des § 940 II ausgeschlossen. Die Anfechtung andererseits bewirkt keine Aenderung an der Tatsache des Besitzes, wie Biermann lehrt. Die Existenz des Besitzes wird von der Anfechtung nicht beeinflußt. Daher spricht das Gesetz von Wiedererlangung des Besitzes. Die Wiedererlangung ist erforderlich, um, nebst dem nichtwillentlichen Verluste, die Kontinuität der Ersitzung aufrecht zu erhalten. Die Anfechtung berührt gar nicht die Tatsache des Verlustes des Besitzes, sondern nur die Qualität desselben. Auch Dernburg, a. a. O. § 106 II Ziff. 5 verläßt das im § 103 II 2 von ihm aufgestellte Kriterium für die Beurteilung des Abhandenkommens und sagt: „Ohne seinen Willen im Sinne dieser Vorschrift verliert man den Besitz auch, wenn man ihn infolge eines Irrtumes über den Gegenstand aufgegeben hat, nicht minder, wenn man ihn infolge Zwanges verlor. Dies entspricht ihrem Zwecke." Durch solche zweckmäßigen Auslegungen aber verliert man die logische Konsequenz, und man unterstellt dem Gesetze zum mindesten eine Unklarheit der Begriffe und Ausdrücke, die anzunehmen wir uns nicht für berechtigt erachten.

124) Für diese Ansicht scheinen auch die zeitlichen Grenzen des § 940 II, verglichen mit denen des § 864 I, zu sprechen.

§ 10. Fälle, in denen die Besitzübertragung den Gegenstand der Erfüllung einer Obligation bildet.

Welche Fälle hierunter in Betracht zu ziehen sind, haben wir in § 3 sub II b gesehen. Es ergab sich dort, daß es auf eine Uebertragung des Besitzes ankommt, deren causa die Tilgung einer Obligation bildet. Die zur Uebertragung erforderliche Einigung ist, nach dem in § 9 sub 1 Gesagten, den Rechtssätzen über Anfechtbarkeit und Anfechtung unterworfen. Erfolgt die Anfechtung, so ist die eventuelle Besitzergreifung des Erwerbers keine auf Uebertragung von seiten des Schuldners beruhende. Die Uebertragung ist als von Anfang an nichtig zu behandeln. Folglich ist die Leistungspflicht des Schuldners nicht erfüllt. Daß dies eventuell schwerwiegende Folgen haben kann, in Hinsicht auf den Verzug, die später eintretende Unmöglichkeit der Leistung zc., ist selbstverständlich. Besonders sei hier hervorgehoben die Wirkung der Anfechtung einer zur Erfüllung des Mietvertrages erfolgten Ueberlassung in Beziehung zu der Anwendung der §§ 571, 577, 578 [125]).

Es würde die Grenzen unserer Arbeit überschreiten, wenn wir die Wirkungen der Anfechtung im einzelnen Fall untersuchen wollten, da der Zweck vorliegender Arbeit nur die prinzipielle Erörterung der Anwendbarkeit der bezüglichen Rechtssätze ist.

§ 11. Fälle, in denen die Besitzübertragung die Voraussetzung zum Eintritt anderer Rechtswirkungen bildet.

1) Zu berücksichtigen sind die oben § 3 II c angegebenen §§ 221, 943, 999 B.G.B. Die durch diese Paragraphen ge-

125) Man denke hierbei, daß der Anfechtungsgrund nicht die Pflicht zur Ueberlassung trifft, sondern die Ueberlassung selbst, daß z. B. ein Irrtum über die Zeit der Ueberlassung vorhanden ist.

troffenen Rechtsfolgen setzen den derivativen Besitzerwerb voraus, indem sie von Rechtsnachfolge in den Besitz sprechen. Derivativer Besitzerwerb kann auch aus anderem Grund als aus der bloßen Besitzübertragung, d. h. der Einigung über den Besitzübergang, erzeugt werden. Wo aber der Besitzerwerb im Wege des konsensualen Besitzwechsels eintritt, dort ist die Anwendung der Grundsätze über Anfechtbarkeit und Anfechtung zulässig. Die erfolgte Anfechtung bewirkt, daß dem betreffenden Besitzerwerb die Voraussetzung der Uebertragung nachträglich fehlt.

Ist zu diesen Fällen auch der § 858 mitzurechnen? Diese Frage ist zu verneinen; den Besitzansprüchen des früheren Besitzers ist auch derjenige ausgesetzt, welcher den Besitz erlangt hat, ohne Rechtsnachfolger des fehlerhaften Besitzers geworden zu sein, vorausgesetzt, daß er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers zur Zeit des Erwerbes kannte.

Diese Lösung ist um so mehr zu billigen, als wenn der betreffende Besitzer den Besitz durch Uebertragung erlangt hätte, er nichtsdestoweniger unter derselben Voraussetzung den Ansprüchen des früheren Besitzers ausgesetzt sein würde[126]).

---

126) So wird diese Frage entschieden bei Dernburg, a. a. O. § 24 Ziff. 4; Planck, a. a. O. Anm. 3 b zu § 858; Biermann, a. a. O. Anm. 2 zu § 858 (entgegen der in der ersten Auflage seines Sachenrechts aufgestellten Meinung). Anderer Meinung Kipp, a. a. O. S. 697. Zu beachten ist, daß der Nachfolger Nachfolger eines fehlerhaften Besitzers sein muß. Die bloße scientia spolii genügt nicht; die fehlerlose Besitzergreifung bringt eine gewisse Diskontinuität in die Nachfolge, vergl. Planck ebenda. Das eben gesagte folgt aus dem Wortlaute des § 858 II Satz 2. Anders bestimmt der neueste ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΞ τῆς Κρητικῆς πολιτείας im Artikel 223, wonach nur die scientia spolii zur passiven Legitimation des Beklagten genügt. Sind zu den im Texte angeführten Paragraphen auch die §§ 861 II, 862 II anzureihen? Diese Frage hängt mit der anderen zusammen, ob in den letzteren die Singularsuccession ein Anwendungsgebiet hat. Hierüber Kipp, a. a. O. S. 719 Ziff. 3; Bier-

2) Es gibt im B.G.B. Fälle, bei welchen gewisse Rechtsfolgen an den guten resp. bösen Glauben des Besitzers geknüpft werden[127]. In diesen Fällen unterliegt der Gleichstellung mit dem bösen Glauben das Wissen resp. Wissenmüssen von der Richtigkeit resp. Anfechtbarkeit der Besitzübertragung[128].

---

mann, a. a. O. Anm. 5 zu § 861; vergl. Planck, a. a. O. Anm. 4 a α zu § 861, Anm. 3 zu § 862. Schließlich sei gesagt, daß auch betreffs der §§ 956, 957 die Frage der Anfechtung der Besitzüberlassung von Bedeutung ist.

127) Man denke z. B. an die §§ 937 II, 945 I, 2 u. II, 990, 991. Was unter bösem Glauben zu verstehen ist, hängt von dem einzelnen Falle ab. Hierzu vergl. Kipp, a. a. O. S. 881, 854 Ziff. 8. In allgemeiner Formulierung könnten wir sagen, daß hier der böse Glaube im Wissen, resp. unentschuldbaren Nichtwissen des Mangels an Berechtigung zum Besitze besteht.

128) Dies gemäß § 142 II B.G.B. Eine Frage, die hier auftauchen könnte, ist, ob auch der § 932 II anzureihen ist, bei welchem der böse Glaube nur im Wissen resp. grob fahrlässigen Nichtwissen des Umstandes, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört, besteht. In gewissem Sinne ist die Frage zu bejahen. Vergl. Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 932 und Anm. 5 zu § 142. Weiter geht Dernburg, a. a. O. § 98 Ziff. 4. Zu beachten ist aber dabei, daß die entschuldbar irrige Annahme der Unanfechtbarkeit der Uebertragung dem Erwerber unter gewissen Voraussetzungen nicht hilft, wenn nämlich die Anfechtung stattgefunden hat.

IV.

Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht.

Von Dr. **Hermann Isay**, Rechtsanwalt am Kammergericht.

[Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 25. Juni 1904[1]).]

Wenn heute jemand einem anderen z. B. aus Darlehn oder Kauf 100 M. schuldet, so betrachten wir es als selbstverständlich, daß, falls der Schuldner seiner Zahlungspflicht nicht freiwillig nachkommt, der Staat dem Gläubiger seine Hilfe angedeihen läßt, um den Schuldner zur Zahlung zu zwingen, daß der Staat ihm also zunächst ein Urteil gegen den Schuldner gewährt und dem Gläubiger schließlich seinen Gerichtsvollzieher

1) Wenn ich diesen Vortrag hiermit einem größeren juristischen Publikum vorlege, so bin ich mir wohl bewußt, daß ich deswegen eine Rechtfertigung schulde. Denn der erörterte Gegenstand ist der Art, daß er einer eingehenderen Behandlung bedarf, als sie im Rahmen eines Vortrages möglich wäre. Indessen werde ich nach Lage der Dinge auf absehbare Zeit hinaus nicht die dazu erforderliche Muße finden, und so habe ich mich entschlossen, die Probleme, die in nachstehendem Vortrag eigentlich mehr bloß aufgeworfen als behandelt sind, in dieser Gestalt zu veröffentlichen; vielleicht, daß ein Berufenerer ihre Lösung in dem hier vertretenen Sinne unternimmt.

Die folgenden Ausführungen wollen also lediglich als Anregungen betrachtet werden.

zur Verfügung stellt, um ihm die geschuldete Summe zwangsweise zu verschaffen. Kürzer ausgedrückt: wir betrachten es heute als selbstverständlich, daß, wenn jemand etwas schuldet, er auch persönlich für die Erfüllung der Schuld haftet. In dem Begriffe der Schuld denken wir implicite den Begriff der persönlichen Haftung des Schuldners mit.

Wenn daher das B.G.B. im § 241 lediglich bestimmt:

„Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern",

ohne an irgend einer Stelle zu bestimmen, daß der Schuldner dem Gläubiger wegen der geschuldeten Leistung regelmäßig auch persönlich hafte, so bedeutet sein Schweigen nicht etwa eine Verneinung dieser Haftung, sondern beruht auf ihrer, eben erwähnten Selbstverständlichkeit für die moderne Rechtsauffassung.

Diese Auffassung selbst ist nun aber ihrerseits nichts weniger als selbstverständlich. Das ältere deutsche Recht hat sie bis zuletzt nicht gehabt, und erst durch die Rezeption des römischen Rechts ist sie in das deutsche Rechtsleben eingeführt worden.

Das deutsche Recht hat vielmehr von jeher zwischen Schuld und Haftung, zwischen der Verpflichtung zur Leistung und dem Einstehen für die Erfüllung dieser Verpflichtung unterschieden. Die Haftung für die Erfüllung der Schuld war weder notwendig eine persönliche Haftung — sie konnte auch lediglich eine Sachhaftung sein — noch bestand die persönliche Haftung, wo eine solche vorlag, notwendig auf seiten gerade des Schuldners, woraus sich schon ergibt, daß die Vorstellung, als hafte der Schuldner dem Gläubiger ohne weiteres für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, dem deutschen Recht ebenso fremd war, wie sie uns heute geläufig ist. Vielmehr bedurfte es, wie die Forschungen v. Amiras und Puntscharts erwiesen haben, im deutschen Recht einer besonderen Begründung des Haftungsverhältnisses durch

Vertrag, und das so begründete Haftungsverhältnis stand nach Inhalt, Umfang und Gegenstand der Haftung dem Schuldverhältnis rechtlich völlig selbständig gegenüber; ihre Beziehung war keine juristische, sondern lediglich eine wirtschaftliche: die Haftung sicherte den Gläubiger gegen die Nachteile der etwaigen Nichterfüllung der Schuld von seiten des Schuldners.

Es fragt sich: ist diese Grundanschauung des germanischen Rechts, welche den Sätzen des älteren deutschen Obligationenrechts ihr eigentümliches Gepräge gibt, spurlos verloren gegangen, ist dem modernen deutschen Recht der Unterschied zwischen Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis fremd geworden?

In einer Beziehung haben wir das bereits bejahen müssen. Eine besondere Begründung des Haftungsverhältnisses neben dem Schuldverhältnis kennt das moderne Recht für den Schuldner nicht mehr; die Begründung des Schuldverhältnisses enthält zugleich auch die Begründung der Haftung des Schuldners. Aber damit ist an sich noch nicht gesagt, daß, wenn auch das Haftungsverhältnis auf seiten des Schuldners eines besonderen Gründungsaktes nicht mehr bedarf, es sich nicht doch noch seine selbständige rechtliche Natur neben dem Schuldverhältnis bewahrt hätte. Die Frage bleibt also noch offen: bedeutet der Umstand, daß das B.G.B. in § 241 und seinen sonstigen Sätzen nur mehr von Schuldverhältnissen und niemals von einem Haftungsverhältnis redet, daß dem modernen deutschen Recht der Begriff des Haftungsverhältnisses als selbständiger Rechtsbegriff verloren gegangen ist?

Die Frage ist in der Literatur bisher kaum behandelt; die meisten Autoren stellen sie gar nicht, kennen einen selbständigen Begriff des Haftungsverhältnisses offenbar überhaupt nicht. Von den wenigen, die die Frage überhaupt auf-

werfen, haben Dernburg[1]), Kohler[2]), Predari[3]) sie kurz dahin beantwortet: eine Scheidung zwischen Schuld und Haftung sei dem heutigen deutschen Recht unbekannt. Für die entgegengesetzte Ansicht, nämlich daß diese Unterscheidung auch dem heutigen Recht noch zu Grunde liege, haben sich lediglich drei Schriftsteller, Pappenheim, v. Schwind und Riezler, und auch diese nur beiläufig[4]), ausgesprochen.

Einer eingehenderen Untersuchung in der Richtung, ob das heutige Recht einen selbständigen Begriff des Haftungsverhältnisses kennt, entbehrt die Literatur noch immer. Das gilt auch gegenüber den scharfsinnigen Erörterungen, die der Gegensatz von Schuld und Haftung durch Brinz gefunden hat[5]). Der Haftungsbegriff, den Brinz hier entwickelt, ist nichts Selbständiges neben dem Schuldbegriff, sondern beide sind ihm nur Unterarten eines gemeinsamen Oberbegriffs, des rechtlichen Müssens: der Unterschied zwischen Schuld und Haftung ist der zwischen entschiedenem und unentschiedenem Müssen, ein Gedanke, der ganz offensichtlich mit dem Gedankenkreise des deutschen Rechts nichts gemein hat. Das Haftungsverhältnis, wie es hier zur Erörterung gestellt ist, ist nichts weniger als ein unentschiedenes Müssen — wie sich schon ohne weiteres aus dem Falle der reinen Sachhaftung ergibt.

1) Bürgerl. Recht, Bd. 2 (Obligationenrecht) S. 2 ff.

2) Archiv f. civ. Praxis, Bd. 91 (1900) S. 172 ff.

3) Zeitschr. f. ges. Handelsrecht, Bd. 51 S. 619.

4) Pappenheim in seiner Besprechung des Puntschartschen Buches „Schuldvertrag und Treugelöbnis" in der Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 47 S. 142 ff, v. Schwind in der Einleitung zu seinem Buche „Wesen und Inhalt des Pfandrechts", Jena 1899, S. 1 ff., und Riezler in Staudingers Komm. z. B.G.B., 3. A. 1903, Bem. 2 zu § 194, Bem. 2 u. 6 zu § 222.

5) Brinz, Der Begriff obligatio in Grünhuts Zeitschr. f. öffentl. und Privatrecht, Bd. 1 (1874) S. 11—40; ferner in seinen Pandekten, Bd. 2 Abt. 2 §§ 206 ff., und endlich: Obligation und Haftung, im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 70 S. 371 ff., eine Abwehr des Angriffs von Rümelin, Obligation und Haftung, im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 46 S. 151 ff.

Die neueste Behandlung der in Betracht kommenden Rechtsinstitute durch Siber[1]) hat von vornherein darauf verzichtet, die Frage nach dem Haftungsverhältnis als selbständigem Rechtsbegriff zu stellen und eingehender zu prüfen. Seine Erörterungen ergeben aber überall, daß er einen solchen Rechtsbegriff für das heutige Recht nicht anerkennt.

Bei dieser Sachlage erscheint es nicht überflüssig, die erwähnte Frage einmal zum Gegenstand einer besonderen Behandlung zu machen.

Diese wird sich in zwei Abschnitte zu gliedern haben: im ersten ist zu untersuchen, ob tatsächlich dem heutigen Recht noch ein selbständiger Begriff des Haftungsverhältnisses zu Grunde liegt; bejahendenfalls wird in einem zweiten Abschnitt zu prüfen sein, welchen Sätzen die Regelung des Haftungsverhältnisses unterworfen ist.

I.

Für die Regelfälle begründet heute das Schuldverhältnis, wie schon hervorgehoben, auch die persönliche Haftung des Schuldners, sind also Schuld- und Haftungsverhältnis vereinigt. Allein die Regel ist nicht ohne Ausnahmen; wir kennen auch eine Reihe von Schuldverhältnissen, in denen eine persönliche Haftung des Schuldners nicht besteht. Hierher gehören die Schuldverhältnisse aus Spiel und Wette (§ 762 B.G.B.), das Schuldverhältnis aus dem Versprechen der Belohnung für eine Ehevermittlung (§ 656), das Schuldverhältnis aus einem Börsentermingeschäft (§ 66 Börsenges.), schließlich alle Schuldverhältnisse nach der Verjährung des Anspruchs (§ 222 B.G.B.).

Das Gesetz drückt sich in diesen Fällen verschieden aus: es werde hier eine Verbindlichkeit nicht begründet, das Ge-

---

1) Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig, Hirschfeld, 1903.

leistete könne aber nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe (§§ 656, 762), es werde ein Schuldverhältnis nicht begründet, das Geleistete könne aber nicht zurückgefordert werden (§ 66 B.G.), der Verpflichtete sei berechtigt, die Leistung zu verweigern, das Geleistete könne aber nicht zurückgefordert werden (§ 222).

Diese Ausdrucksweise ist nicht glücklich; was das Gesetz meint, ist aber ganz klar. Hier überall besteht ein Schuldverhältnis, das den gewöhnlichen Regeln der Schuldverhältnisse folgt, wie schon die Stellung der §§ 656, 762 im zweiten Buche des B.G.B. beweist. Daher gelten hier z. B. die Grundsätze über Unmöglichkeit der Leistung, über Erfüllung u. s. w. Nur ein Haftungsverhältnis besteht nicht, d. h. es kann nicht auf Leistung, Feststellung u. s. w. geklagt werden. Der Unterschied zeigt sich ohne weiteres, wenn z. B. das Schuldverhältnis nach den gewöhnlichen Grundsätzen erlischt. Wird in diesem Falle z. B. hinterher geleistet, so ist auf eine Nichtschuld geleistet worden, und die Leistung kann zurückgefordert werden.

Haben wir in diesen Fällen ein Schuldverhältnis ohne Haftungsverhältnis, so gibt es umgekehrt Fälle, in denen ein Haftungsverhältnis ohne Schuldverhältnis besteht. Nicht in dem Sinne, als ob hier eine Haftung ohne eine Schuld als Selbstzweck bestände; die Haftung kann natürlich nur im Hinblick auf ein Schuldverhältnis begründet sein. Vielmehr in dem Sinne, daß hier ein Haftungsverhältnis ohne ein gleichzeitig existierendes Schuldverhältnis, also selbständig, vorliegt. Hierher gehören Bürgschaften und Pfandrechte für zukünftige, für aufschiebend bedingte Schuldverhältnisse, z. B. Kautionshypotheken u. s. w. In diesen Fällen besteht das Schuldverhältnis zur Zeit noch nicht, wird vielleicht niemals zum Dasein gelangen; das Haftungs-

verhältnis aber besteht bereits, also selbständig, das Pfandrecht, die Bürgschaft ist vollgültig (§§ 765 Abs. 2, 1204 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1190 B.G.B.).

Aber auch da, wo Schuld- und Haftungsverhältnis gleichzeitig bestehen, zeigt sich die rechtliche Selbständigkeit beider ganz klar in den Fällen, in denen sie entweder bezüglich ihres Rechtssubjekts oder bezüglich ihres Umfanges auseinanderfallen.

Die Verschiedenheit des Subjekts ist in den Fällen der Sachhaftung ausnahmslos vorhanden, in den Fällen persönlicher Haftung kann sie vorhanden sein.

Ich beginne mit den letzteren.

Das typische Beispiel für das Auseinanderfallen von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis bezüglich ihres Subjekts bietet von alters her die Bürgschaft. Nach dem A.L.R. (§ 202 I 14) bestand die Uebernahme der Bürgschaft in der Erklärung, „für die Verpflichtungen eines Dritten haften zu wollen", das B.G.B. bestimmt die Bürgschaft in § 765 dahin:

„Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen".

Die Bürgschaft soll also den Gläubiger für den Fall sichern, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, soll ihn sichern gegen den durch die Nichterfüllung ihm entstehenden Nachteil. Dieser Zweck der Bürgschaft bestimmt den Inhalt der Verpflichtung des Bürgen und deren Verhältnis zu der Verpflichtung des Hauptschuldners.

Dieses Verhältnis ist nicht das der rechtlichen Identität. Es ist nicht richtig, daß der Bürge „dem Gläubiger die geschuldete Leistung verspricht, für den Fall, daß der Hauptschuldner sie nicht ordnungsmäßig bewirkt",

wie z. B. Crome[1]) benennen. Das Verhältnis ist vielmehr lediglich dies, daß der Bürge dem Gläubiger für die Erfüllung „einsteht“, wie das Gesetz sagt, d. h. ihm Schadloshaltung verspricht für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllt. Ich komme darauf noch zurück; hier sei nur vorläufig als Beleg für das Gesagte auf den Fall hingewiesen, daß die Leistung des Schuldners in einem Dulden oder Unterlassen besteht: die Leistung, zu der der Bürge sich verpflichtet, kann niemals ein Dulden oder Unterlassen sein.

Der Bürge ist also nicht auch Subjekt des Schuldverhältnisses, er ist lediglich Subjekt des Haftungsverhältnisses, er schuldet nicht, sondern haftet nur; Subjekt des Schuldverhältnisses und Subjekt des Haftungsverhältnisses fallen auseinander. Hier liegt der Unterschied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme, bei der der Uebernehmer auch die Verpflichtung zur Leistung als Gesamtschuldner übernimmt.

Außer der Bürgschaft sei als weiterer Fall, in welchem jemand nur für eine fremde Schuld haftet, nicht aber auch zugleich schuldet, der Fall angeführt, daß der Vermieter eines Grundstücks dasselbe veräußert; hier ist er nicht mehr selbst zur Erfüllung der aus dem Mietsvertrage sich ergebenden Verpflichtungen verbunden, nicht mehr Subjekt des Schuldverhältnisses, sondern er haftet nur, falls der Erwerber des Grundstücks diese Verpflichtungen nicht erfüllt, für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden, wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§ 571 Abs. 2).

Hierher gehört ferner die Haftung desjenigen, der jemand beauftragt, einem Dritten Kredit zu geben (§ 778), die Delkredere-Haftung des Kommissionärs (§ 394 H.G.B.) u. s. w.

Aber nicht nur auf der passiven Seite, sondern auch auf der aktiven ist ein Auseinanderfallen der Subjekte des

---

1) System des bürgerl. Rechts, Bd. 2 (1902) S. 877.

Schuld- und des Haftungsverhältnisses möglich. Auf dieser Möglichkeit beruht das Institut des Treuhänders: der Treuhänder ist nur Subjekt des Haftungsverhältnisses, nicht des Schuldverhältnisses, ihm wird nicht geschuldet, sondern nur gehaftet [1]).

Ich komme zur Sachhaftung.

In den Fällen der Sachhaftung ist das Auseinanderfallen von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis bezüglich ihrer Subjekte ausnahmslose Regel, nämlich selbstverständlich. Eine Sache kann ja gar nicht Subjekt eines Schuldverhältnisses sein, sie kann nicht schulden, sondern nur haften. Hierher gehören die Pfandrechte (Faustpfand, Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld), gehören die Reallasten, hierher gehört das Zurückbehaltungsrecht, gehört die Bodmerei und die sonstigen Fälle des Seerechts, in denen lediglich Schiff und Fracht für eine Verbindlichkeit des Reeders haften (§§ 486, 533, 662, 731, 752 H.G.B.).

Die einzelnen genannten Fälle unterscheiden sich im wesentlichen in der hier interessierenden Richtung nur dadurch, daß in einzelnen Fällen, z. B. denen des Faustpfandes, der Hypothek und des Zurückbehaltungsrechts, der Reallasten, auch eine persönliche Haftung des Schuldners besteht, in anderen Fällen, z. B. denen der Grundschuld, Bodmerei, nicht.

Man hat den gerade aus den Fällen der Sachhaftung zu entnehmenden Beweis dadurch zu entkräften gemeint, daß man geltend machte, der Unterschied zwischen den Fällen der persönlichen und denen der Sachhaftung sei nichts anderes als der Unterschied zwischen obligatorischem und dinglichem Recht [2]).

Das ist aber sicherlich unzutreffend, wie sich ohne weiteres schon daraus ergibt, daß das Zurückbehaltungsrecht,

1) Vergl. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 281.
2) Predari, Zeitschr. f. H.R., Bd. 51 S. 619.

wie z. B. Crome[1]) definiert. Das Verhältnis ist vielmehr lediglich dies, daß der Bürge dem Gläubiger für die Erfüllung „einsteht", wie das Gesetz sagt, d. h. ihm Schadloshaltung verspricht für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllt. Ich komme darauf noch zurück; hier sei nur vorläufig als Beleg für das Gesagte auf den Fall hingewiesen, daß die Leistung des Schuldners in einem Dulden oder Unterlassen besteht: die Leistung, zu der der Bürge sich verpflichtet, kann niemals ein Dulden oder Unterlassen sein.

Der Bürge ist also nicht auch Subjekt des Schuldverhältnisses, er ist lediglich Subjekt des Haftungsverhältnisses, er schuldet nicht, sondern haftet nur; Subjekt des Schuldverhältnisses und Subjekt des Haftungsverhältnisses fallen auseinander. Hier liegt der Unterschied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme, bei der der Uebernehmer auch die Verpflichtung zur Leistung als Gesamtschuldner übernimmt.

Außer der Bürgschaft sei als weiterer Fall, in welchem jemand nur für eine fremde Schuld haftet, nicht aber auch zugleich schuldet, der Fall angeführt, daß der Vermieter eines Grundstücks dasselbe veräußert; hier ist er nicht mehr selbst zur Erfüllung der aus dem Mietsvertrage sich ergebenden Verpflichtungen verbunden, nicht mehr Subjekt des Schuldverhältnisses, sondern er haftet nur, falls der Erwerber des Grundstücks diese Verpflichtungen nicht erfüllt, für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden, wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§ 571 Abs. 2).

Hierher gehört ferner die Haftung desjenigen, der jemand beauftragt, einem Dritten Kredit zu geben (§ 778), die Delkredere-Haftung des Kommissionärs (§ 394 H.G.B.) u. s. w.

Aber nicht nur auf der passiven Seite, sondern auch auf der aktiven ist ein Auseinanderfallen der Subjekte des

---

1) System des bürgerl. Rechts, Bd. 2 (1902) S. 877.

Schuld- und des Haftungsverhältnisses möglich. Auf dieser Möglichkeit beruht das Institut des Treuhänders: der Treuhänder ist nur Subjekt des Haftungsverhältnisses, nicht des Schuldverhältnisses, ihm wird nicht geschuldet, sondern nur gehaftet [1]).

Ich komme zur Sachhaftung.

In den Fällen der Sachhaftung ist das Auseinanderfallen von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis bezüglich ihrer Subjekte ausnahmslose Regel, nämlich selbstverständlich. Eine Sache kann ja gar nicht Subjekt eines Schuldverhältnisses sein, sie kann nicht schulden, sondern nur haften. Hierher gehören die Pfandrechte (Faustpfand, Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld), gehören die Reallasten, hierher gehört das Zurückbehaltungsrecht, gehört die Bodmerei und die sonstigen Fälle des Seerechts, in denen lediglich Schiff und Fracht für eine Verbindlichkeit des Reeders haften (§§ 486, 533, 662, 731, 752 H.G.B.).

Die einzelnen genannten Fälle unterscheiden sich im wesentlichen in der hier interessierenden Richtung nur dadurch, daß in einzelnen Fällen, z. B. denen des Faustpfandes, der Hypothek und des Zurückbehaltungsrechts, der Reallasten, auch eine persönliche Haftung des Schuldners besteht, in anderen Fällen, z. B. denen der Grundschuld, Bodmerei, nicht.

Man hat den gerade aus den Fällen der Sachhaftung zu entnehmenden Beweis dadurch zu entkräften gemeint, daß man geltend machte, der Unterschied zwischen den Fällen der persönlichen und denen der Sachhaftung sei nichts anderes als der Unterschied zwischen obligatorischem und dinglichem Recht [2]).

Das ist aber sicherlich unzutreffend, wie sich ohne weiteres schon daraus ergibt, daß das Zurückbehaltungsrecht,

1) Vergl. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 231.
2) Predari, Zeitschr. f. H.R., Bd. 51 S. 619.

das doch auch einen Fall der Sachhaftung darstellt, gar kein dingliches Recht ist[1]).

Aber auch für die übrigen Sachhaftungsrechte ist mit dem Begriffe der Dinglichkeit nicht auszukommen. Der Umstand, daß man sie bisher unter die dinglichen Rechte gestellt hat, hat lediglich die Folge gehabt, den Begriff der Dinglichkeit zu dem unklarsten aller Rechtsbegriffe zu machen, wie ein Blick in die Literatur ohne weiteres ergibt. Klarheit kann hier nur geschaffen werden, wenn man die Sachhaftungsrechte scharf von den Sachnutzungsrechten scheidet[2]) und nur den letzteren den Begriff der Dinglichkeit vorbehält, die ersteren aber unter dem höheren Rechtsbegriff der Haftungsverhältnisse als einheitliche Unterklasse unterbringt.

Der Versuch Kohlers, die Fälle der Sachhaftung gegenüber denen der Sachnutzung auf den von ihm geschaffenen Begriff des „Wertrechts" — zum Unterschiede vom „Substanzrecht" — zurückzuführen[3]), kann nicht als glücklich bezeichnet werden. Insoweit dieser Gegensatz juristischen Gehalt hat, erschöpft er sich in dem Gegensatz zwischen Sachhaftung und Sachnutzung. Darüber hinaus kann dem neuen Begriff des „Wertrechts" eine Existenzberechtigung nicht zugestanden werden; ein Rechtsbegriff, der das Pfandrecht und das Recht des Aktionärs, des Vereinsmitgliedes am Gesellschafts-, am Vereinsvermögen in sich vereinigt, ist nicht im stande, irgendwelchen gemeinschaftlichen Sätzen als Ausgangspunkt und Stützpunkt zu dienen[4]). Damit aber fehlt die Vorbedingung für die Möglichkeit eines gemeinsamen Begriffes.

Des weiteren zeigt sich die begriffliche Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses gegenüber dem Schuldverhältnis darin,

1) Vergl. R.G. i. Civils., Bd. 51 S. 86.

2) Vergl. Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. 1 S. 30, und bei Gruchot, Bd. 46 S. 559 ff.

3) Arch. f. civ. Praxis, Bd. 91 S. 155 ff.

4) Vergl. auch Ehrenberg in der Göttinger Festgabe f. Regelsberger, S. 27 ff.

daß der Umfang des einen von dem des anderen völlig unabhängig sein kann.

Der Umfang der Haftung kann nämlich geringer sein als derjenige der Verbindlichkeit, für welche die Haftung besteht, und zwar nicht nur da, wo das Subjekt des Haftungsverhältnisses ein anderes ist als das Subjekt des Schuldverhältnisses, sondern auch da, wo beide in einer Person zusammenfallen, wo also der Schuldner selbst auch persönlich haftet. Wir reden hier von „beschränkter Haftung"; und zwar kann die Haftung auf eine bestimmte Summe oder auf ein bestimmtes Sondervermögen beschränkt sein.

Diese Möglichkeit, den Haftungsumfang von dem Umfange der Verbindlichkeit unabhängig zu gestalten, ist für den modernen Verkehr geradezu unentbehrlich geworden, um bei geschäftlichen Unternehmungen das Risiko auf ein vorher zu bestimmendes Maß zu begrenzen.

Es genügt, auf die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die eingetragenen Genossenschaften m. b. H., die Kommanditgesellschaften hinzuweisen. Aber nicht nur das Handelsrecht, auch das bürgerliche Recht macht von dieser Möglichkeit Gebrauch; es sei hier an die Beschränkung der Haftung der Erben, des Uebernehmers eines fremden Vermögens, an die Beschränkung der Haftung des Schenkers (§§ 519, 528) u. s. w. erinnert.

Auch sonst ist vertragsmäßig eine beliebige Beschränkung der Haftung zulässig. Natürlich kann, falls zu einem Schuldverhältnis mehrere Haftungsverhältnisse gehören, der Umfang bei ihnen verschieden bestimmt sein, bei dem einen beschränkt, bei dem anderen unbeschränkt, oder auch bei den einzelnen verschieden beschränkt.

Daß die Beschränkung der Haftung auch eine zeitliche sein kann, ergibt sich aus § 777 B.G.B.

Die begriffliche Unabhängigkeit des Haftungsverhältnisses

vom Schuldverhältnis erweist sich endlich auch für den Inhalt beider Rechtsverhältnisse.

Die Untersuchung dieses Punktes bildet den schwierigsten Teil der ganzen Frage, für den im Rahmen eines Vortrages eine Lösung auch nicht entfernt möglich ist.

Die Untersuchung muß hier von den Fällen ausgehen, in denen eine Verschiedenheit des Subjekts besteht, in denen also die Erkenntnis der begrifflichen Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses durch eine äußerliche Selbständigkeit erleichtert wird. In den Regelfällen, in welchen der Schuldner selbst, und nur er, persönlich haftet, ist die Verschiedenheit des Inhalts dem Blicke zunächst entzogen.

Von den danach für die Untersuchung in Frage kommenden Fällen sind am geeignetsten die der Sachhaftung, weil hier eine Vermengung der beiden Inhalte am wenigsten zu fürchten ist.

In den Fällen der Sachhaftung ist nun, so verschieden und so mannigfaltig der Inhalt der Verbindlichkeit des Schuldners, also der Inhalt des Schuldverhältnisses sein mag, der Inhalt des Haftungsrechts immer einer und derselbe: Sicherung des Gläubigers gegen den ihn aus der Nichterfüllung durch den Schuldner entstehenden Nachteil, Schadloshaltung. Verwirklicht wird sie in letzter Linie durch den Verkauf der Sache; die Sicherung des Gläubigers besteht alsdann in seinem Anspruch auf den entsprechenden Erlös der haftenden Sache. Inhalt des Haftungsverhältnisses ist also hier der Anspruch des Gläubigers auf den durch die haftende Sache vermittelten Schadenersatz wegen Nichterfüllung, und zwar auf Schadenersatz in Geld.

Betrachten wir nun die Fälle persönlicher Haftung bei Verschiedenheit des Subjekts, so gelangen wir zu einem analogen Ergebnis.

Für den Hauptfall der persönlichen Haftung für fremde

Schuld, die Bürgschaft, gibt § 765 B.G.B. als Inhalt der Haftpflicht an: das „Einstehen" für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten.

Die Art des „Einstehens" hat im Laufe der Zeit eine erhebliche Wandlung durchgemacht. In ältester Zeit bestand zwischen Sachhaftung und Personenhaftung in dem hier in Betracht kommenden Punkte kein Unterschied. Die Personenhaftung war Geiselschaft, also der Pfandhingabe völlig entsprechend, der Bürge wird in den Quellen sogar direkt als „Pfand für die Schuld" bezeichnet[1]), und noch der Code civil wendet auf die persönliche Haftung des Schuldners den Begriff des Pfandes an: les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2093).

Der Einstehende haftet ursprünglich also mit seiner Person als wirtschaftlicher Einheit: mit seiner Arbeitskraft und mit seinem Vermögen. In Bezug auf das erstere Element hat im Laufe der Zeit eine fortgesetzte Abschwächung stattgefunden. An die Stelle der Haftung mit der Arbeitskraft trat die Schuldhaft: erst die vertragsmäßige, das Einlager, dann die gesetzliche; das Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 hat auch diese aufgehoben.

Geblieben ist daher heute von den zwei Elementen der persönlichen Haftung nur mehr das zweite, das Einstehen mit dem Vermögen. Die Bezeichnung als „persönliche" Haftung ist sonach, streng genommen, nicht mehr zutreffend.

Während also der Inhalt des Schuldverhältnisses, für welches gehaftet wird, ein überaus mannigfaltiger sein kann, in einer Leistung jeder Art, in einer Individualleistung, einem Dulden oder Unterlassen bestehen kann (§ 241 B.G.B.), ist der Inhalt der persönlichen Haftung des Dritten lediglich das „Einstehen" für die Erfüllung der Verbindlichkeit, und zwar das Einstehen mit seinem Vermögen.

---

1) Puntschart, a. a. O. S. 141 ff.

Das Einstehen kann demgemäß nicht die Verpflichtung zur Leistung selbst sein — die ja in einem Tun bestehen kann, nicht einmal in einem vermögenswerten Tun zu bestehen braucht — sondern das Einstehen ist nichts anderes als Schadloshaltung für die etwaige Nichterfüllung der Verbindlichkeit; und so wird das Einstehen denn auch in § 571 B.G.B. ausdrücklich umschrieben:

„Erfüllt der Erwerber die Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat."

Und da der Einstehende lediglich mit seinem Vermögen einsteht, so ist seine Verpflichtung zum Schadenersatz lediglich Haftung für den vermögenswerten Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch die Nichterfüllung erleidet. Der Haftende ist nicht zum Naturalersatz schlechthin, sondern nur zum Ersatz aus seinem Vermögen, in der Regel also nur zum Geldersatz, verpflichtet; § 249 B.G.B. findet auf Haftungsverhältnisse keiue Anwendung.

Diese begriffliche Verschiedenheit der Haftpflicht von der Leistungspflicht des Schuldners zeigt sich natürlich, auch bei Verschiedenheit des Subjekts, in allen denjenigen Fällen nicht, in denen auch den Inhalt der Leistungspflicht des Schuldners eine Geldzahlung bildet. Dagegen tritt sie mit voller Deutlichkeit hervor, sobald die Verbindlichkeit des Schuldners auf eine Individualleistung, auf ein Dulden oder Unterlassen geht. Hier ist Inhalt der Haftung lediglich die Verpflichtung, den durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schaden in Geld zu ersetzen.

Inhalt der Haftpflicht ist also Schadloshaltung. Indessen gilt das heute nicht mehr allgemein; es gibt vielmehr eine Kategorie von Fällen, für welche die moderne Rechtsentwickelung noch einen anderen Haftungsinhalt ausgebildet hat, der

dem älteren Recht, und auch noch dem A.L.R.[1]) und dem Code civil[2]) unbekannt war. Das sind die Fälle, in denen Schuld- und Haftungsverhältnis dasselbe Subjekt haben, in denen also der Schuldner auch persönlich haftet, und in denen ferner den Inhalt des Schuldverhältnisses eine Individualleistung oder ein Dulden oder Unterlassen bildet.

In diesen Fällen ist heute Inhalt der Haftung in erster Linie der Zwang gegen die Person des Haftenden, aber, zum Unterschiede von dem älteren Recht, nicht ein auf die wirtschaftliche Kraft des Haftenden, sondern ein auf seinen Willen gerichteter Zwang, die Drohung mit Geldstrafen und Zwangshaft (§§ 888 ff. C.P.O.). Diese Rechtsgestaltung ist also nicht etwa eine Fortbildung der alten Personalhaftung, schließt sich nicht etwa an deren letzten Ausläufer, die Schuldhaft, an, sondern ist eine davon völlig verschiedene Bildung, auf welche die Vereinigung von Schuld und Haftung in einer Person von Einfluß gewesen ist. Sie beschränkt sich daher auch auf die Fälle einer solchen Vereinigung; dort, wo die Subjekte verschieden sind, sind die Bestimmungen der §§ 888 ff. C.P.O. unanwendbar. Gegen den Bürgen gibt es weder Geldstrafen, noch Zwangshaft.

In den gedachten Fällen liegt also neben dem alten und regelmäßigen Haftungsinhalt, dem Einstehen mit dem Vermögen, noch ein anderer, dem älteren Recht unbekannter Haftungsinhalt vor, der Zwang gegen die Person, und zwar steht dieser Inhalt an erster Stelle; erst wenn der Zwang nicht zum Ziele führt oder der Gläubiger von ihm absieht, kommt der ursprüngliche Inhalt der Haftung, die Schadensersatzpflicht, zur Geltung.

Von dieser Gestaltung der Dinge gibt es übrigens auch noch im heutigen Recht eine Ausnahme: bei einem auf Leistung

1) A.L.R. § 408 I, 5.
2) Code civil art. 1142.

von Diensten gerichteten Schuldverhältnis bildet den Inhalt der Haftung des Schuldners nicht der Zwang gegen seine Person, sondern lediglich die Schadensersatzpflicht (§ 888 Abs. 2 C.P.O.)[1]).

Es ist bereits gesagt worden, daß der erweiterte Haftungsinhalt des modernen Rechts nicht für die Fälle gilt, in denen Schuld- und Haftungsverhältnis bezüglich ihres Subjekts auseinanderfallen.

Allein auch von den Fällen, in denen der Schuldner persönlich haftet, scheiden meines Erachtens alle diejenigen aus, in denen der Umfang seiner Haftung beschränkt ist; hier kann den Inhalt der Haftung lediglich die Pflicht zum Schadenersatz und nicht auch der Zwang gegen die Person bilden, da für den letzteren eine Beschränkung des Umfanges nicht möglich ist, seine Zulassung also gegen den Geist der Haftungsbeschränkung wäre. Gegen den Erben, der beschränkt haftet, ist daher wegen Erbschaftsverbindlichkeiten die Androhung von Geldstrafen und Haft ausgeschlossen.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist der Satz zu betrachten, daß auch dem heutigen Recht die begriffliche Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses gegenüber dem Schuldverhältnis zu Grunde liegt, daß eines ohne das andere bestehen kann, daß sie nach Subjekt, Umfang und Inhalt voneinander unabhängig sind.

II.

Hält man dies Ergebnis fest, so entsteht sofort die Frage: welchen Sätzen ist das Haftungsverhältnis unterworfen?

1) Von dieser Ausnahme gibt es wieder mehrere Ausnahmen, in denen auch bei Dienstverhältnissen Zwang gegen die Person zulässig ist: gegen Dienstboten (Gesindeordnung vom 8. Nov. 1810, § 51), gegen Schiffsleute (Seemannsordnung vom 2. Juni 1902, § 33), gegen Lehrlinge (Gewerbeordnung § 127 d).

Das B.G.B. regelt in seinem 2. Buch das Recht der Schuldverhältnisse, für die es in den ersten 6 Abschnitten eine Reihe allgemeiner Vorschriften gibt. Den Begriff des Haftungsverhältnisses hat es, wie schon gesagt, nicht besonders unterschieden und demgemäß auch keine besonderen Regeln für Haftungsverhältnisse aufgestellt. Im Gegenteil ergibt der Umstand, daß das B.G.B. die Bürgschaft in den „Einzelne Schuldverhältnisse" überschriebenen 7. Abschnitt des 2. Buches gestellt hat, daß es auch auf die Haftungsverhältnisse die Regeln des sog. Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse angewendet wissen will.

Wie wir nun aber gesehen haben, ist das Haftungsverhältnis vom Schuldverhältnis wesentlich verschieden. Es ergibt sich daher die Frage, ob die Anwendung des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, also der §§ 241—432, auch wirklich für die Haftungsverhältnisse möglich und ausreichend ist.

Der 1. Abschnitt des 2. Buches des B.G.B. behandelt „die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung". Die Mannigfaltigkeit der möglichen Leistungen, die den Inhalt eines Schuldverhältnisses bilden können, macht eine eingehende Regelung erforderlich. Gerade diese Mannigfaltigkeit fehlt aber dem Haftungsinhalt — abgesehen von der oben besprochenen neueren Bildung. Für die letztere ist indes, da hier wegen der Identität des Subjekts das Schicksal des Haftungsverhältnisses völlig mit dem des Schuldverhältnisses zusammenfällt, eine besondere Regelung nicht nötig. Für die Fälle der äußerlichen Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses, in denen seinen Inhalt lediglich eine Ersatzleistung bildet, sind die Bestimmungen des 1. Abschnittes, welche eine Individualleistung im Auge haben, über Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung u. s. w. ohne unmittelbare Bedeutung.

Ohne unmittelbare Bedeutung. Mittelbar wird natürlich auch das Haftungsverhältnis beeinflußt, wenn das

Schuldverhältnis eine Aenderung seines Inhalts erleidet, worauf noch zurückzukommen ist.

Der 2. Abschnitt behandelt die Schuldverhältnisse aus Verträgen. Auch er ist, da eine Mannigfaltigkeit der möglicherweise zu vereinbarenden Leistungen hier vorausgesetzt wird, fast ohne Erheblichkeit.

Anders ist es mit dem 3. Abschnitt: Erlöschen der Schuldverhältnisse. Die Vorschriften über Erfüllung, Hinterlegung, Erlaß, Aufrechnung finden auch auf die Haftungsverhältnisse entsprechende Anwendung. Hinzu kommen aber noch drei Erlöschungsgründe:

Erstens die Verjährung. Während das Schuldverhältnis einer Verjährung überhaupt nicht unterliegt, ist das Haftungsverhältnis der Verjährung unterworfen (§ 222 B.G.B.), wie früher schon erwähnt wurde. Hier liegt der Unterschied zwischen Verjährung und Ausschlußfrist: die erstere beendet nur das Haftungsverhältnis, letztere dagegen auch das Schuldverhältnis.

Zweitens als Haupterlöschungsgrund: das Erlöschen des Schuldverhältnisses. Inhalt des Haftungsverhältnisses ist ja das Einstehen für die Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Erlischt das letztere, so bleibt natürlich für das Haftungsverhältnis kein Raum mehr, es muß ebenfalls erlöschen (§§ 767, 1252, 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Sind die Subjekte des Schuldverhältnisses und des Haftungsverhältnisses nicht identisch, so gilt als Regel, daß die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners durch den Haftenden das Schuldverhältnis nicht zum Erlöschen bringt; vielmehr geht hier die Forderung auf den Haftenden über. Das Haftungsverhältnis erlischt allerdings auch hier, aber nicht wegen Erlöschens des Schuldverhältnisses infolge der Erfüllung, sondern wegen der durch den Uebergang erfolgenden Vereinigung

von Berechtigung und Verpflichtung aus dem Haftungsverhältnis in einer Person (§§ 774, 1225, 1256, 1143, 1177).

Der dritte Erlöschungsgrund für das Haftungsverhältnis tritt dann ein, wenn das Schuldverhältnis ohne das Haftungsverhältnis auf einen anderen übertragen wird, wie sofort zu erörtern sein wird.

Die Uebertragung der Forderung ist im 4. Abschnitt des 2. Buches B.G.B. behandelt. Seine Vorschriften wollen ausdrücklich nur für Schuldverhältnisse, nicht für die dazu gehörigen Haftungsverhältnisse gelten; für die letzteren bestimmt vielmehr § 401 B.G.B., daß sie in ihrer aktiven Seite ohne weiteres der abgetretenen Forderung folgen. Eine besondere Uebertragung des Rechts aus dem Haftungsverhältnis ist daher nicht erforderlich. Das Recht aus dem Haftungsverhältnis geht also von selbst auf den neuen Gläubiger über; wird ein solcher Uebergang ausgeschlossen, so erlischt es. Das B.G.B. sagt dies ausdrücklich zwar nur für Hypothek (§ 1153) und Pfandrecht (§ 1250); dasselbe muß aber ebenso für alle anderen Haftungsverhältnisse, auch die Bürgschaft, gelten.

Die einzige Ausnahme von dieser Regel, der Eintritt eines Treuhänders in das Haftungsverhältnis, ist bereits früher erwähnt worden.

Der 5. Abschnitt des Obligationenrechts behandelt die Schuldübernahme. Er bezieht sich zwar an sich nur auf das Schuldverhältnis; da indessen regelmäßig der Schuldner auch persönlich haftet, so trifft er insoweit auch das Haftungsverhältnis mit. Der Fall, daß das Haftungsverhältnis allein von einem Dritten kumulativ übernommen wird, ist der Fall der Bürgschaft, und besonders behandelt. Eine privative Uebernahme des Haftungsverhältnisses durch einen Dritten ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen; daß sie zulässig ist, unterliegt meines Erachtens keinem Bedenken. Für diesen Fall sind die Vorschriften der §§ 414, 415 B.G.B. entsprechend anzuwenden.

Der 6. und letzte Abschnitt beschäftigt sich mit der „Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern". Auch er behandelt lediglich den Fall der Mehrheit von Subjekten eines Schuldverhältnisses, allerdings aber infolge der regelmäßigen Vereinigung von Schuld und Haftung in der Person des Schuldners in diesen Fällen auch die Fälle der Mehrheit von Subjekten der dazu gehörigen Haftungsverhältnisse.

Dagegen findet er keine Anwendung auf die Fälle, in denen bei Einheit des Schuldverhältnisses eine Mehrheit von Haftungsverhältnissen besteht, wie schon eine oberflächliche Betrachtung seiner Bestimmungen ergibt.

Die Haftung mehrerer für eine Verbindlichkeit ist stets Gesamthaftung, auch wenn sie nicht gemeinschaftlich übernommen ist (§ 769), der Gläubiger kann sich regelmäßig nicht nach seiner Wahl an jeden, sondern muß sich zunächst an den Schuldner wenden (§ 771), die Erfüllung durch einen der Haftenden wirkt zu Gunsten der anderen nur dann, wenn der Leistende der Schuldner ist u. s. w. (vergl. aber § 774 Abs. 2).

Wie man sieht, ist die Ausbeute des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts des B.G.B. für das Recht der Haftungsverhältnisse dürftig genug. Eine zukünftige Gesetzgebung wird vielleicht der begrifflichen Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses Rechnung tragen und dem Recht der Haftungsverhältnisse ein besonderes Buch widmen, also die Bürgschaft aus dem Obligationenrecht, Reallasten, Hypothek, Grundschuld und Pfandrecht u. s. w. aus dem Sachenrecht herausnehmen. Dann wäre Raum für einen Allgemeinen Teil des Haftungsrechts, dessen Sätze aus den heute noch über das ganze Gebiet zerstreuten Einzelbestimmungen zu entnehmen wären.

Die Anerkennung des selbständigen Rechtsbegriffs des Haftungsverhältnisses würde der Unsicherheit der Beurteilung ein Ende machen, die heute noch nicht allzu selten begegnet.

Ein Beispiel für das Gesagte: Haftung bedeutet Einstehen

für eine Schuld, bei Verschiedenheit der Subjekte Einstehen für eine fremde Schuld. Das „Einstehen" ist ein dauernder Zustand, ein Zustandsverhältnis. Heute, wo der selbständige Begriff des Haftungsverhältnisses noch so gut wie unbekannt ist, wird die Haftung mit Mühe und Not untergebracht unter den Begriff des „bedingten Schuldverhältnisses" (vergl. die Kommentare zu § 67 K.O.), obwohl das ihr Wesen durchaus nicht trifft. Eine bedingte Schuld besteht noch nicht, das Haftungsverhältnis besteht aber. Auf welche Irrwege ein Richter dadurch geführt werden kann, beweist die Tatsache, daß z. B. Feststellungsklagen, die sich auf Haftungsverhältnisse bezogen, abgewiesen sind, mit der Begründung, es handle sich nicht um die Feststellung eines jetzt schon bestehenden Rechtsverhältnisses, die Voraussetzungen des § 256 C.P.O. seien daher nicht gegeben.

Ferner: wie steht es mit der Sicherung des Gläubigers vor Fälligkeit der Forderung gegenüber Veränderungen des haftenden Subjekts? Gibt es einen Schutz dagegen, daß der Bürge sich seines Vermögens entäußert?

Bei der Sachhaftung ist für ähnliche Fälle vorgesorgt: gegen Handlungen, durch welche die haftende Sache in ihrem Wert gefährdet wird, kann der Gläubiger die Hilfe des Gerichts anrufen (§§ 1134, 1217 B.G.B.), bei Verschlechterung der Sache kann er seine Sicherung sofort verwirklichen (§§ 1133, 1219).

Bezüglich der persönlichen Haftung gibt das Gesetz nur Vorschriften für den Fall, daß der persönlich Haftende auch der Schuldner ist: hier ist unter gewissen Voraussetzungen die Anfechtung möglich. Auf denjenigen, der nur haftet, nicht auch schuldet, bezieht sich das Anfechtungsgesetz nicht. Und selbst wenn man z. B. den Bürgen als bedingten Schuldner auffaßt: die Vorschriften des Anfechtungsgesetzes reichen für diesen Fall, den sie offensichtlich nicht im Auge gehabt haben,

gar nicht aus, weil sie als Zeitpunkt, von dem an sie rechnen, die Fälligkeit der Schuld bestimmen, einen Zeitpunkt, der mit der Haftung als solcher gar nichts zu tun hat.

Auch hier kann erst eine Zusammenfassung und Regelung der Haftungsverhältnisse allgemeine Vorschriften für Fälle liefern, die heute einer angemessenen Regelung noch entbehren.

Außerdem aber wird die scharfe begriffliche Scheidung zwischen Schuld- und Haftungsverhältnissen, deren Notwendigkeit darzulegen im Vorstehenden versucht worden ist, auch zu einer richtigeren Auffassung derjenigen Schuldverhältnisse führen, mit denen ein Haftungsverhältnis überhaupt nicht verknüpft ist[1]). Und endlich wird die Erkenntnis des Wesens der Sachhaftungsverhältnisse die Bildung eines brauchbaren Begriffes der Dinglichkeit und damit Klarheit über Zahl und Wesen der dinglichen Rechte ermöglichen, während heute die Literatur von einer Klarheit hierüber noch weit entfernt ist.

Jede klarere Einsicht aber hat nicht nur eine wissenschaftliche Bedeutung, sie hat auch praktisch erhebliche Konsequenzen. Für eine Wissenschaft, die, wie die Jurisprudenz, um der praktischen Anwendung willen da ist, gilt das in erhöhtem Maße.

---

1) Die bisherige Vernachlässigung dieses Gebietes hat zur Folge gehabt, daß z. B. Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 15 leugnet, daß aus einem Börsentermingeschäft irgend ein Schuldverhältnis entstehe, und deshalb eine Novation nach § 607 Abs. 2 B.G.B. für unmöglich hält.

Das entspricht zwar dem Wortlaut, aber auch nur dem Wortlaut des § 66 Börsenges.

V.

Die gemischte Schenkung.

Von Gerichtsassessor Dr. **Wilhelm Müller**, Halle a. S.

Nicht selten ereignet sich der Fall, daß jemand eine Sache zu einem Preise, der kaum der Hälfte des wahren Wertes der Sache entspricht, an einen Freund veräußert in der ausgesprochenen Absicht, ihm den Mehrwert unentgeltlich zuzuwenden. Der Freund bekommt die Sache, wie man zu sagen pflegt, „halb umsonst" oder „halb geschenkt".

So einfach sich ein solcher Fall in seinem tatsächlichen Hergang darstellt, so schwierig ist seine rechtliche Beurteilung. Ganz besonders treten diese rechtlichen Schwierigkeiten hervor, wenn der Veräußerer der Sache in Vermögensverfall gerät und seine Gläubiger den Vertrag anfechten wollen. Denn die Voraussetzungen der Anfechtung sind wesentlich verschieden, je nachdem ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vertrag vorliegt, und bei dem in Rede stehenden Geschäft liegt die Besonderheit gerade darin, daß der gezahlte Betrag nicht voller Entgelt sein soll, sondern daß gleichzeitig eine unentgeltliche Zuwendung beabsichtigt ist.

Die Parteien selbst bezeichnen den Vertrag regelmäßig als Kauf. Diese Bezeichnung entspricht jedoch nicht der Begriffsbestimmung des Kaufvertrages im Rechtssinne. Denn dann

müßten sich Leistung und Gegenleistung als gleichwertig gegenüberstehen, die Parteien müßten in dem Preise den vollen und ausschließlichen Gegenwert für die Kaufsache erblicken. Das ist aber gerade nicht der Fall. Die Parteien sind vielmehr darüber einig, daß der Preis die Sache nicht zu ihrem vollen Werte ausgleichen soll und daß für den Mehrwert ein Aequivalent nicht gewährt werden soll. Der Vertrag ist also nicht nur von der Absicht beherrscht, die einem Kaufe zu Grunde liegt, nämlich Ware gegen Geld umzusetzen, sondern gleichzeitig von der weiteren Absicht, den Empfänger durch die Hingabe der Sache zu bereichern, eine Absicht, die rechtlich sonst nur durch einen Schenkungsvertrag zu erreichen ist. Es liegt also gewissermaßen eine Vermischung von Kauf und Schenkung vor, und deshalb pflegt man auch juristisch wohl von einer „gemischten Schenkung" oder allgemeiner von einem „gemischten Vertrage" zu sprechen. Die Frage ist nur die, wie diese Mischung rechtlich zu beurteilen und zu konstruieren ist.

Aus der Betrachtung hat vorweg auszuscheiden der äußerlich ähnlich erscheinende Fall, in dem ebenfalls der Kaufpreis im Verhältnis zum Werte der Kaufsache auffallend niedrig angesetzt, seine Entrichtung aber gar nicht ernstlich beabsichtigt, vielmehr die in Wahrheit allein gewollte Schenkung nur in das äußere Gewand eines Kaufvertrages eingekleidet ist. Denn dann handelt es sich gar nicht um eine Vermischung von Kauf und Schenkung und rechtlich gilt nicht der Scheinkauf, sondern die verdeckte Schenkung (§ 117 Abs. 2 B.G.B.).

Für eine ernstlich gewollte gemischte Schenkung fehlt es dagegen an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Man glaubte anscheinend, für das B.G.B. eine solche entbehren zu können, den Motiven wenigstens erschien es „selbstverständlich, daß, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage donandi animo eine den Wert der Leistung übersteigende Gegenleistung verein-

bart ist, dieser Vertrag, soweit der Wert der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurteilen ist"[1]). Und doch wäre gerade hier eine ausdrückliche Entscheidung der Frage durchaus geboten gewesen, denn schon seit Ulpians Zeiten hat über die Konstruktion der gemischten Schenkung Streit geherrscht, und dieser Streit ist durch die Stellungnahme der Motive natürlich keineswegs erledigt, sondern nur um so lebhafter entbrannt. Die Konstruktionsversuche drehen sich sämtlich um die Frage: Ist das Geschäft trotz des tatsächlich einheitlich vollzogenen Vertragsschlusses dennoch juristisch in seine beiden Elemente, Kauf und Schenkung aufzulösen oder wie kann man sonst der Eigenart dieses Vertrages gerecht werden[2])?

I.

Ueberwiegend war schon im bisherigen Recht und ist noch heute für das geltende Recht die Anschauung vertreten, daß der Vertrag in seine Bestandteile zerlegt, daß Kauf und Schenkung gesondert zu behandeln seien. Darüber sind jedoch die Meinungen außerordentlich geteilt, in welcher Weise diese Trennung durchzuführen, was als Gegenstand des Kaufes und was als Gegenstand der Schenkung zu betrachten sei.

Die eine Ansicht geht dahin, daß als geschenkt nur in Betracht kommen könne ein Nachlaß von dem ursprüng-

1) Bd. 2 S. 287.

2) Wenn für die folgende Betrachtung stets nur die Verbindung von Kauf und Schenkung zu Grunde gelegt ist, so soll damit nicht etwa behauptet werden, daß dies die einzige Form der gemischten Schenkung wäre. Vielmehr kann sich eine Schenkung in gleicher Weise auch mit anderen Umsatzverträgen, wie Tausch, Miete u. dgl. verbinden. In diesem allgemeinen Sinne gebrauchte das gemeine Recht den Ausdruck negotium cum donatione mixtum, im Anschluß an die l. 18 pr. D. 39, 5. Die Mischung von Kauf und Schenkung ist jedoch die praktisch häufigste und wichtigste und die für sie gewonnenen Ergebnisse lassen sich auf die anderen negotia mixta mit Leichtigkeit übertragen.

lich höher angesetzten Kaufpreise. Diese Meinung hat Lammfromm[3]) besonders nachdrücklich und ausführlich vertreten. Er begründet sie folgendermaßen: „Bei einem Umsatzvertrage, namentlich einem Kaufe, geht jeder der Vertragschließenden von der Voraussetzung aus, daß die Gegenleistung, die er erhalten soll, wertvoller ist, als die Leistung, die er selbst macht. Jeder bezweckt also eine Bereicherung seines eigenen Vermögens auf Kosten des Vermögens des Gegenkontrahenten. Im Gegensatz hierzu ist bei der Schenkung die übereinstimmende Absicht der Parteien lediglich auf die Bereicherung des Vermögens des Beschenkten gerichtet. Es erscheint deshalb bei einer Verbindung von Kauf und Schenkung die Identität des zu den verschiedenen Geschäftszwecken verwendeten Mittels logisch ausgeschlossen. Denn mit einer und derselben Sachleistung kann unmöglich zugleich eine objektive Vermehrung des Vermögens des Gegenkontrahenten und eine objektive Bereicherung des eigenen Vermögens bezweckt werden. Es kann also der Verkäufer mit dem Versprechen der Sachleistung bloß eben die Erlangung des Preiszahlungsversprechens, nicht aber die Bereicherung des Gegenkontrahenten bezwecken. Vielmehr muß er sich zum Zwecke der Schenkung notwendig eines anderen Mittels bedient haben. Dieses ist also in der Gegenleistung, in der Preiszahlungsverbindlichkeit des Käufers zu suchen, und hier kann es nichts anderes sein, als eine Herabsetzung des Kaufpreises, der vorher höher bestimmt war.“

Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß die Wirkung des gemischten Geschäfts sich auch dadurch ermöglichen läßt, daß zuerst ein Kauf mit Vereinbarung eines vollen Entgelts geschlossen und dann ein Teil des Preises schenkweise nachgelassen wird. Dann liegt aber auch nicht ein einheitlicher Geschäfts-

---

3) Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag, S. 184 ff.

schluß vor, sondern der Abschluß zweier Verträge, deren rechtliche Beurteilung keine Besonderheiten bietet. Das Eigentümliche des gemischten Geschäfts liegt dagegen gerade darin, daß die Parteien von vornherein ausschließlich den niedrigen, wirklich zu zahlenden Preis verabreden, und zwar beide mit dem Bewußtsein, daß er hinter dem wahren Werte zurückbleibt und zurückbleiben soll, um eben damit der Schenkungsabsicht zu dienen, daß sie aber an einen höheren Kaufpreis, der voller Entgelt wäre, gar nicht denken, geschweige denn ihn ziffernmäßig festsetzen. Dann fehlt es doch an jedem Anhalt dafür, wie hoch der „eigentliche Kaufpreis" anzunehmen ist und welcher Betrag „nachgelassen", also geschenkt sein soll. Lammfromm selbst verkennt denn auch nicht, daß hieran seine Ansicht konsequenterweise scheitern muß. Er meint[4]), „man steht dann vor dem Dilemma, entweder den Kauf wegen Mangels des erforderlichen pretium certum, wegen mangelnder Bestimmtheit des Kaufpreises, für ungültig zu erklären, was auch den Hinfall der Schenkung zur Folge hätte, oder aber im Wege wohlwollender Auslegung der mangelnden Bestimmtheit des Preises nachzuhelfen, indem man an Stelle des vereinbarten Kaufpreises das justum rei pretium, den gemeinen Sachwert, setzt." Aber er fügt auch gleich hinzu, „daß billig bezweifelt werden müsse, ob solches Wohlwollen allen derartigen Geschäften entgegenzubringen sei". Trotz dieses Zweifels hält er doch die „benigna interpretatio" für den geeigneten Weg zur Lösung des Dilemmas, der um so mehr eingeschlagen werden könne, als „unsere Anforderungen an die Bestimmtheit des Kaufpreises weit geringer seien, als diejenigen der Römer".

Daß jedoch selbst bei Anwendung einer „wohlwollenden Auslegung" diese Ansicht versagen muß, beweist z. B. folgender

4) S. 136.

dem praktischen Leben entnommene Fall: der Verfasser eines Buches hat von dem Verleger eine Anzahl Exemplare zu einem Vorzugspreise gekauft, statt des Ladenpreises von 30 M. nur 20 M. bezahlt. Nachdem das Werk „vergriffen", im Buchhandel also nicht mehr zu kaufen ist, wendet sich ein Freund des Verfassers an diesen mit der Bitte, ihm eines seiner Exemplare abzulassen. Der Verfasser erklärt sich dazu bereit und erklärt gleichzeitig, daß er aus besonderem Wohlwollen nur einen Preis von 10 M. beanspruche. Der andere nimmt diesen Antrag an. Bei diesem Vertrage sind also offensichtlich Kauf- und Schenkungselement gleichzeitig vorhanden. Wie soll hier der „eigentliche Kaufpreis" zu denken sein? Soll er 30 M. betragen, wie der Ladenpreis, den der Freund sonst hätte bezahlen müssen, oder 20 M., wie der Vorzugspreis? Und soll, wenn der Käufer den ersteren im Auge hatte, der Verkäufer aber den letzteren, der Vertrag nichtig sein, weil der Wille der Parteien nicht übereinstimmte? Diese Folgerung wäre meines Erachtens vom Standpunkte Lammfromms aus gar nicht zu umgehen. Gegen sie spricht aber unzweideutig die Tatsache, daß eine einheitliche Offerte abgegeben und diese auch als einheitliche angenommen worden ist.

Die Theorie, daß die Sache verkauft und ein Teil des Preises durch Erlaß geschenkt sei, erweist sich demnach praktisch als undurchführbar[5]). Sie ist indessen neuerdings wieder für das B.G.B. als allein richtige aufgestellt worden von Dernburg[6]). Auch er führt aus: „Was der Verkäufer schenken will, ist ein Teil des Preises, den er als dem Werte des Kaufgegenstandes entsprechend beanspruchen könnte." Auch nach ihm soll also der Verkehrswert als vereinbarter Preis gelten, der

5) Nur nebenbei sei bemerkt, daß sie gänzlich versagen muß, wenn es sich um eine Verbindung von Tausch und Schenkung handelt.

6) Bürgerliches Recht, Bd. 2 Abt. 2 S. 138.

nachträglich herabgesetzt sei. Auch Dernburg zieht, wie Lammfromm, hieraus zunächst die notwendige Folgerung, daß die Gültigkeit der Schenkung stets von der des Kaufes abhängig ist, nicht aber umgekehrt die Gültigkeit des Kaufes von der Ungültigkeit der Schenkung betroffen wird. Im Gegensatz zu Lammfromm will er aber dem Käufer im letzteren Falle die Berufung darauf zugestehen, daß „er dies Geschäft ohne den nichtigen Teil — also ohne die ungültige Schenkung — nicht vorgenommen hätte und hiernach dasselbe ganz als nichtig erklären kann, § 139 B.G.B." Damit gibt Dernburg aber selbst zu, daß die theoretische Selbständigkeit des Kaufes praktisch gegenüber der Einheit des Geschäftswillens nicht stand zu halten vermag, und so verläßt er selbst sofort wieder den Boden seiner eigenen Ansicht [7]).

Im Gegensatz zu dieser Meinung nimmt die sowohl im gemeinen Recht als in der Literatur zum B.G.B. herrschende Ansicht zwar auch eine Zerlegung des Vertrages in Kauf und Schenkung vor, betrachtet aber die zugewendete Sache selbst als das Mittel für beide Vertragszwecke. Es gilt — nach der Formulierung von Köppen, der meines Erachtens jene Theorie am bestimmtesten und schärfsten zum Ausdruck gebracht hat [8]), — die Sachleistung zum Teil als umgesetzt, zum Teil als geschenkt, und zwar gilt der durch die Gegenleistung nicht gedeckte Teil der Leistung als Schenkung. Dabei

---

7) Aehnlich auch Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, S. 627: „Ob aber dann — bei Nichtigkeit der Schenkung — der Kaufvertrag im übrigen gilt, hängt nach § 139 davon ab, ob anzunehmen ist, daß der Verkauf auch ohne die schenkungshalber vereinbarte Ermäßigung des Kaufpreises abgeschlossen wäre. Wurde aber das ganze Geschäft nur um der Schenkung willen geschlossen, läßt sich also die Schenkung aus demselben nicht aussondern, so ist das ganze Geschäft nichtig."

8) Das negotium mixtum cum donatione (Berliner Dissertation), insbes. S. 26 ff.

steht also derjenige Teil, welcher dem Kaufzwecke dient, gänzlich außerhalb des Schenkungszweckes und umgekehrt. Jeder dieser Teile beruht auf einer besonderen causa“ [9]).

Diese Ansicht kann allerdings für sich in Feld führen die Ausdrucksweise des Lebens, man sagt in der Tat, wie schon Eingangs bemerkt wurde, die Sache sei „halb geschenkt“. Aber damit ist für die juristische Betrachtung noch gar nichts gewonnen, die Frage bleibt gerade offen, ob rechtlich eine „Halbierung“ möglich ist. Und da muß denn auch Köppen bekennen: „Die Schwierigkeit besteht darin, daß die den verschiedenen causis dienenden Mittel in der unteilbaren Verbindung einer und derselben Leistung, vielleicht eines einzelnen Gegenstandes, auftreten und daß wegen dieser Verbindung die in der Idee scharf durchführbare Trennung derselben sich auf die Wirklichkeit unmittelbar nicht übertragen läßt“ [10]).

Dennoch soll die Trennung „notwendig“ sein, und um sie „wenigstens mittelbar“ durchzuführen, soll der Geldwert des

9) Dieselbe Ansicht findet sich, mehr oder minder scharf ausgedrückt, bei Savigny, System, Bd. 4 S. 99, 103; Bekker, System, Bd. 4 S. 201 f.; Holzschuher, Theorie und Kasuistik, Bd. 3 S. 446 Anm *; Unger, Oesterr. Privatrecht, S. 219; Regelsberger, Pandekten, S. 220; v. Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen, S. 306 ff.; Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 2 S. 506 Note 3, 520 Note 10; Pernice, Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen (Greifswalder Dissertation), S. 46; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, S. 28; Gruchot in seinen Beiträgen, Bd. 13 S. 326. Vergl. ferner die Urteile in Seufferts Archiv, Bd. 3 Nr. 356, Bd. 6 Nr. 38, Bd. 17 Nr. 76, Bd. 18 Nr. 136 Bd. 23 Nr. 198, Bd. 25 Nr. 238, Bd. 26 Nr. 131, Bd. 31 Nr. 138; R.O.H.G., Bd. 5 S. 54, Bd. 17 S. 12; R.G.-Entsch., Bd. 29 S. 265; Jur. Wochenschrift 1898, S. 518 Nr. 57. Ebenso auch österr. B.G.B. § 935, sächs. B.G.B. § 1052. Für das B.G.B. folgen der gleichen Meinung, außer den schon oben zitierten Motiven, Planck, Bd. 2 S. 283; Leske, Bd. 1 S. 224; Neumann, § 516 Note 4; Fischer-Henle, § 516 Note 4; Meißner, Note 5; Kuhlenbeck, Note 5; Cosack, Lehrbuch, Bd. 1 S. 505; Scherer, Schuldverhältnisse, S. 636.

10) S. 27.

auf die Schenkung entfallenden Betrages ermittelt und der diesem Wert im Verhältnis zur ganzen Leistung entsprechende Bruchteil der Leistung als geschenkt zu betrachten sein[11]). Auch nach dieser Meinung soll, wenn nicht die Parteien selbst sich über den Wert erklärt haben, der objektive Wert als „stillschweigend zu Grunde gelegt" angesehen werden, denn „dafür streitet in Anbetracht der dem Normalmenschen zuzutrauenden Geschäftserfahrung eine berechtigte Vermutung"[12]). Ist so der ideelle Teil der Sachleistung ermittelt, der den Wert der Gegenleistung übersteigt, so finden auf ihn die Regeln der Schenkung, auf den andern, durch die Gegenleistung gedeckten ideellen Teil, die Regeln des Kaufes Anwendung[13]).

Diese Anschauung hat in der kürzlich erschienenen Abhandlung von Weirauch[14]) einen weiteren Vertreter gefunden. Auch Weirauch meint, die Sache sei zu einem ideellen Bruchteile verkauft, zu einem ideellen Bruchteile verschenkt. Einen neuen Grund für diese Ansicht außer den bereits entwickelten, hat er jedoch auch nicht beigebracht.

Wenn nun die beiden ideellen Bruchteile eine verschiedene und gesonderte rechtliche Beurteilung erfahren sollen, so muß dies bei der Ungültigkeit der Schenkung notwendigerweise dazu führen, daß das Eigentum an der Sache nur zu demjenigen ideellen Teile auf den Empfänger übergeht, zu dem Kauf vorliegt, während es im übrigen beim Veräußerer zurückbleibt[15]). Ein solches Miteigentum muß folgerichtig auch dann ange-

11) Köppen, S. 27; Savigny, Holzschuher, a. a. O.; ferner Bremer in Iherings Jahrbüchern, Bd. 13 S. 121.

12) Köppen, S. 28.

13) Köppen, S. 52.

14) Die gemischte Schenkung in Gruchots Beiträgen, Bd. 48 S. 229 ff., insbes. S. 244, 245.

15) So nach gem. Recht beim Mangel der erforderlichen Insinuation Seufferts Archiv, Bd. 31 Nr. 138, auch Bd. 18 Nr. 136. An das letztere anknüpfend auch Gruchot, a. a. O. S. 326 für das preuß. Recht.

nommen werden, wenn die Schenkung nicht schon von Anfang an nichtig ist, sondern wenn ihre Ungültigkeit erst später eintritt, etwa infolge des Widerrufs. In allen diesen Fällen würde es also erst einer Auseinandersetzung bedürfen, um die Gemeinschaft zwischen Geber und Empfänger, die beim Widerruf wegen Undankes wohl besonders unangenehm empfunden werden dürfte, wieder aufzuheben. Die Teilung hätte nach § 753 B.G.B. durch Verkauf des Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf und durch Teilung des Erlöses zu erfolgen. Bei Grundstücken und Schiffen würde sogar das umständliche und zeitraubende Verfahren der Zwangsversteigerung einzuleiten sein.

Schon diese Konsequenz allein, daß Miteigentum eintritt und Gemeinschaftsteilung erforderlich ist, genügt, um die praktische Unbrauchbarkeit auch dieser Ansicht darzutun. So gibt denn auch Weirauch zu, daß dies „als ein nicht befriedigendes Ergebnis anzusehen sein dürfte“[16]. Er meint aber, es dürfte dem Empfänger die Befugnis zuzusprechen sein, durch Zahlung des Betrages, der dem Werte der geschenkten Sachquote entspricht, das Eigentum an der ganzen Sache zu behalten. Weirauch folgt damit den Ausführungen des Reichsgerichts[17], das ebenfalls beim Widerruf dem Beschenkten die Wahl lassen will, „entweder beim Fortbestand des Geschäfts im übrigen den seine Gegenleistung übersteigenden Wert der Hauptleistung herauszugeben oder das ganze Geschäft rückgängig zu machen“. Damit ist aber die Theorie von der Trennung nach ideellen Teilen vollständig aufgegeben und das Ergebnis ist genau das gleiche, wie das, zu dem Dernburg auf Grund seiner Ansicht gelangt. Hier wie dort zeigt sich also schon in dem einen

16) S. 248.

17) Entsch., Bd. 29 S. 267. Ebenso für das B.G.B. Cosack, Lehrbuch, unter Anwendung des § 139.

Punkte der Ungültigkeit der Schenkung, daß die in der Idee wohl mögliche Zerlegung des Geschäfts in zwei gesonderte Teile praktisch sich unmöglich durchführen läßt.

Dabei sei gleich noch auf einen anderen Punkt hingewiesen, bei dem die Ansicht von der Teilung nach ideellen Quoten in unüberwindliche Schwierigkeiten geraten muß, nämlich auf die Frage nach der Gewährleistung für Mängel der Sache. Die Rechtsregeln der Mängelhaftung sind beim Kauf wesentlich andere, als bei der Schenkung. Der Schenker haftet nur für arglistig verschwiegene Fehler und dann nur auf Schadensersatz (§ 524 Abs. 1). Der Verkäufer dagegen ist haftbar für alle Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern (§ 459 Abs. 1), er haftet ferner für zugesicherte Eigenschaften (§ 459 Abs. 2) und für arglistig verschwiegene Fehler (§ 463). In allen Fällen hat der Käufer Anspruch auf Wandlung oder Minderung, in den beiden letztgenannten außerdem noch auf Schadensersatz (§§ 462, 463). Welche Rechtsfolge soll nun eintreten, wenn die durch eine gemischte Schenkung veräußerte Sache einen Fehler hat, der ihre Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauche aufhebt, ohne daß der Veräußerer diesen Mangel arglistig verschwiegen hat? An ideellen Teilen haften keine Sachmängel. Wie soll also hier die Trennung möglich sein? Eine Antwort auf diese Frage sucht man vergeblich bei den Anhängern jener Ansicht, auch Köppen und Weirauch äußern sich zu dieser Frage nicht.

Wie man sich also auch immer den Gegenstand der Schenkung denken mag, ob als Preisnachlaß oder als ideelle Sachquote, oder gar, wie Oertmann[18]) und Crome[19]) wollen, bald

---

18) Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, Note 8 zu § 516.
19) System, S. 508.

als das eine und bald als das andere[20]), in jedem Falle führt die Theorie von der Trennung des einheitlich geschlossenen Vertrages in zwei verschiedene Bestandteile zu Inkonsequenzen und zu unbefriedigenden und unpraktischen Ergebnissen.

So gelangt denn auch Endemann[21]), namentlich an die soeben dargestellte Schwierigkeit bei der Mängelhaftung anknüpfend, zur Verwerfung dieser Theorie und zu dem Ergebnis: „Nur eine einheitliche Entscheidung ist brauchbar." Wie diese zu fällen ist, darüber schweigt er allerdings an jener Stelle, offenbart seine Ansicht aber nebenbei an zwei Stellen aus der Lehre vom Kauf[22]). Aus diesen geht hervor, daß Endemann in dem gemischten Geschäft einen Fall der — von ihm so genannten — „Doppeldeutigkeit eines Schuldverhältnisses" erblickt. Er meint, es sei Sache der richterlichen Auslegung, den Tatbestand darauf zu prüfen, ob das Geschäft als Schenkung oder als Kauf aufzufassen sei. Welche Gesichtspunkte aber für eine solche Auslegung maßgebend sein könnten, darüber enthält er sich einer Aeußerung.

Bereits für das gemeine Recht war in einem Urteile des Ober-Appellationsgerichts Rostock vom 1. Dezember 1870[23]) im Anschluß an Schilling[24]) dieselbe Meinung vertreten, daß „ein solches Geschäft für die rechtliche Be-

20) Auch Bremer, der von Köppen S. 28 als Anhänger seiner Ansicht zitiert wird, als der er sich allerdings S. 118 a. a. O. darstellt, sagt doch zum Schluß auf S. 135: „Wenn der Kauf das entschieden vorwiegende Geschäft ist, also daß es natürlich erscheint, wenn das negotium mixtum unter dem Namen und in Form eines Kaufkontraktes eingegangen ist, kann dasselbe als Verkauf zu einem dem wahren Wert der Sache entsprechenden Preise aufgefaßt werden, verbunden mit Erlaß eines Teiles des Kaufpreises". Hier also die rein Lammfrommsche Formulierung!

21) In der 8. Aufl. seines Lehrbuchs, S. 1029 Anm. 23.

22) S. 908 Anm. 8 und S. 1022 Anm. 26.

23) Seufferts Archiv, Bd. 25 Nr. 223.

24) Lehrbuch der Institutionen, Bd. 3 S. 795.

urteilung nicht in seine Bestandteile zerlegt, sondern in seiner Totalität entweder als Kauf oder als Schenkung aufgefaßt werden müsse". Die Begründung dieses Urteils führt etwa folgendes aus: „Es sei feststehender Grundsatz, daß jedes nicht simulierte Geschäft so aufgefaßt werden müsse, wie die Beteiligten es gewollt hätten, und dieser Wille manifestiere sich vorzugsweise durch die gewählte Rechtsform. Auch wenn jemand eine Sache absichtlich zu wohlfeil verkaufe, um dem Käufer dabei einen Vorteil zuzuwenden, der, für sich genommen, unter den Begriff der Schenkung fallen würde, bliebe doch juristisch das ganze Geschäft ein wahrer Verkauf. Die Kontrahenten hätten es trotz dieser liberalen Intention doch allen Ernstes als reinen Kauf angesehen wissen wollen, und dieser Wille sei maßgebend, da die Schenkungsabsicht auch unter der Rechtsform eines wahren Kaufes zu erreichen sei, dessen Wesen durch die Unangemessenheit des Preises nicht alteriert werde. Nur wenn der ganze Kauf lediglich zur Realisierung einer beabsichtigten Schenkung geschlossen sei, erscheine die gewählte Rechtsform bedeutungslos, es sei dann das ganze Geschäft als Schenkung zu behandeln, deren Betrag sich ergäbe, wenn man von dem Werte der Sache den der Gegenleistung abziehe."

Diesen Ausführungen gegenüber ist nur zuzugeben, daß trotz einer beim Veräußerer vorhandenen Schenkungsabsicht in einem Falle allerdings lediglich die Rechtsform des Kaufes das Entscheidende ist, nämlich dann, wenn diese Absicht des Veräußerers dem Empfänger nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Denn von einer Schenkung im Rechtssinn kann nur dann die Rede sein, wenn die Schenkungsabsicht von dem Beschenkten auch erkannt und angenommen ist (so ausdrücklich auch B.G.B. § 516). Fehlt dem Käufer aber diese Kenntnis, so ist die Absicht der Bereicherung beim Verkäufer bloßes Motiv für die

niedrige Preisbestimmung [25]). Der Vertrag ist ebensogut Kauf, wie die Veräußerung einer Sache unter ihrem Werte aus Not oder aus Unkenntnis ihres wahren Wertes. Nur für einen solchen Fall, der aber keine Besonderheiten bietet, könnte also die Urteilsbegründung zutreffen. Sie kann dagegen nicht anerkannt werden, wenn neben der Kaufabsicht zugleich eine Schenkungsabsicht von beiden Vertragsschließenden verfolgt wird. Denn dann kann man schlechterdings nicht sagen, daß die Parteien den Vertrag als einen reinen Kauf angesehen wissen wollten. Abgesehen hiervon, ist es auch verfehlt, den Willen der Parteien so, wie er sich in der gewählten Rechtsform äußert, als maßgebend hinzustellen. Denn damit wird die schon ohnedies oft schwer erkennbare Grenze zwischen ernstlich gewolltem und simuliertem Geschäft gänzlich verwischt. Auch beim Scheinkauf ist ja die äußere Rechtsform des Kaufes als solche durchaus gewollt! Auch ist die Benennung, die einem Vertrage von den Parteien selbst gegeben wird, oft willkürlich und ungenau, und sie kann keinesfalls eine sichere Grundlage für die juristische Betrachtung abgeben [26]). Schließlich hat diese Ansicht auch noch vom praktischen Standpunkte aus den Nachteil, daß die Anfechtung derartiger Geschäfte nach der K.O. und dem Anfechtungsgesetze wesentlich erschwert würde, da dann die den Gläubigern besonders günstige Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen nicht zur Anwendung kommen könnte [27]).

25) So namentlich auch Regelsberger, S. 613; Bekker, S. 201 Anm. u; Köppen, S. 18. In diesem Sinne ist wohl auch die gelegentliche Aeußerung des Reichsgerichts in der für das französische Recht ergangenen Entscheidung Bd. 8 S. 310 zu verstehen: „Wird eine Sache zu geringerem Preise — jedoch nicht so gering, daß die Absicht zu verkaufen nicht mehr bestehen kann — verkauft, so hat bezüglich des Mehrwerts der Sache die Freigebigkeit ihren Ausdruck in einem gültigen Kaufe gefunden."

26) Vergl. auch die Ausführungen bei Köppen, S. 50; Bremer, S. 133 und Pernice, S. 43 ff.

27) Das Nähere vergl. unten S. 232 ff.

Auch mit dieser dritten Ansicht, die nur Kauf oder nur Schenkung annehmen will, kann man also der Eigenart der gemischten Schenkung nicht gerecht werden [28]).

Indessen enthält die letzte Ansicht doch den berechtigten Kern, an dem durchaus festzuhalten ist, daß nämlich nicht eine Zerlegung des Geschäfts in zwei gesondert zu behandelnde Teile vorgenommen werden darf, sondern eine einheitliche Entscheidung allein möglich ist.

Diese einheitliche Beurteilung aber ergibt sich aus der Einheit des Schuldverhältnisses. Schuldverhältnis ist die besondere rechtliche Verbindung zweier Personen, dergestalt, daß entweder die eine der anderen oder beide einander gegenseitig zu einem bestimmten rechtlichen Verhalten verpflichtet sind [29]). Dieses Verhalten kann sich in der Vornahme einer einzigen Handlung erschöpfen, es kann aber auch das Schuldverhältnis gleichzeitig die Verpflichtung zur Vornahme einer größeren Anzahl einzelner Handlungen begründen. So ist es ohne weiteres einleuchtend, daß z. B. das auf eine gewisse Dauer berechnete Dienstverhältnis den Verpflichteten fortgesetzt zur Vornahme der Dienstleistungen, den Berechtigten in bestimmten Zeiträumen zur Entrichtung der Vergütung verbindet, so daß auf jeder Seite eine Reihe von Einzelverpflichtungen besteht, denen ebensoviel Einzelansprüche gegenüberstehen. Das B.G.B. bezeichnet nun einen solchen Einzelanspruch gleichfalls als

28) Bemerkenswert ist übrigens, daß jede der drei Ansichten sich auf Ulpian als Autorität beruft und daß die beiden Aeußerungen dieses Rechtslehrers in l. 5 § 5 D. 24, 1 einerseits und in l. 38 D. 18, 1 andererseits in unlösbarem Widerspruch zueinander stehen.

29) So Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 8; Litten, Die Wahlschuld, S. 9, 10; Rehbein, Schuldverhältnisse, S. 10. Auf die in manchen Einzelheiten abweichenden Definitionen sämtlicher Lehrbücher und Kommentare einzugehen, würde zu weit führen.

„Schuldverhältnis", und es ist nicht zu leugnen, daß diese Zweideutigkeit des Ausdrucks zu Mißverständnissen und Unklarheiten führen muß und geführt hat. Es ist jedoch streng daran festzuhalten, daß das auf einem gegenseitigen Vertrag beruhende Schuldverhältnis, wenn es auch eine Mehrheit von Einzelansprüchen erzeugt, dennoch keineswegs der Summe dieser einzelnen Schuldverhältnisse gleichzusetzen ist, daß es vielmehr ein selbständiges, rechtliches Gebilde ist, eine Einheit, und daß es insbesondere auch gegenüber den Einzelansprüchen ein selbständiges Schicksal führen kann[30]). So erlischt, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, das für eine bestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis als solches mit dem Ablaufe der Zeit (§ 620 Abs. 1). Trotzdem kann dasjenige Schuldverhältnis, welches gebildet wird durch den Anspruch des Dienstverpflichteten auf die Vergütung, also ein Einzelanspruch, noch weiter fortdauern, denn dieser Anspruch erlischt erst mit der Erfüllung, mit der Bewirkung der Leistung (§ 362 Abs. 1) bezw. mit dem Eintritt von Tatsachen, die vom Gesetz in ihrer Wirkung der Erfüllung gleichgestellt sind.

Ein Schuldverhältnis in dem eben entwickelten Sinne, also im Gegensatz zu dem Einzelanspruch, wird als selbständige Einheit gegenüber anderen gleichartigen Rechtsverhältnissen bestimmt durch die Personen, die Leistung und den Entstehungsgrund[31]). Der Entstehungsgrund allein führt noch nicht zur Individualisierung des Schuldverhältnisses, sobald verschiedenartige Leistungen in Frage stehen, obwohl selbst dann die verschiedenen Ansprüche nach der Absicht der Parteien so innig verbunden sein können, daß sie zusammen stehen oder fallen

30) Vergl. auch hierüber Stammler, S. 215 ff.; sowie Litten, S. 11.

31) Mitteis, Die Individualisierung der Obligation, S. 5.

sollen[32]). Wenn aber auch das auf demselben Entstehungsgrunde beruhende Leistungsversprechen ein einheitliches ist, so kann an der Einheit des Schuldverhältnisses nicht mehr gezweifelt werden. Dabei ist hervorzuheben, daß es bei gegenseitigen Verträgen wegen der wechselseitigen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung genügt, wenn auch nur die eine der beiden Leistungen einheitlich bestimmt ist. So wird man kein Bedenken tragen, einen Kaufvertrag anzunehmen, wenn eine Anzahl Möbel zu einem einheitlich bestimmten Preise veräußert werden. Dieser Einheit des Schuldverhältnisses tut es auch keinen Abbruch, ob die einheitlich bestimmte Leistung teilbar ist oder nicht. Es muß hierauf ganz besonders hingewiesen werden, denn gerade das Hineintragen dieses Momentes der Teilbarkeit ist der Erkenntnis, daß hier nur ein Schuldverhältnis vorliegt, besonders hinderlich gewesen, wie die herrschende Meinung zeigt. Der Begriff der Teilbarkeit kann höchstens insofern eine Rolle spielen, als das eine Schuldverhältnis bei Teilbarkeit der Leistung sich möglicherweise in mehrere Teilobligationen spalten kann, sobald an die Stelle des einen Gläubigers oder Schuldners später mehrere Berechtigte oder Verpflichtete treten. Daß aber auch dann die Teilbarkeit nicht die Einheit des Schuldverhältnisses berührt, ergibt sich klar aus den Bestimmungen des B.G.B über Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, bei denen das Schuldverhältnis scharf unterschieden wird von den durch die Teilbarkeit geschaffenen Einzelbeziehungen.

Deshalb muß man auch bei der gemischten Schenkung die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen Geber und Empfänger als ein einheitliches Schuldverhältnis auffassen, denn diese Beziehungen beruhen auf demselben einheitlichen Ent-

32) Vergl. Mitteis, S. 45, der bei dem letztgenannten Falle zutreffend von einer „Schicksalsgemeinschaft der einzelnen Ansprüche“ spricht.

stehungsgrunde, sie haben dieselbe einheitliche Leistung, die Zuwendung des einen individuell bestimmten Gegenstandes, zur Voraussetzung, und nur wegen dieser Leistung allein ist die rechtliche Verbindung zwischen diesen beiden Personen entstanden.

Es bildet demnach der Vertrag, auf dem dieses Schuldverhältnis sich aufbaut, einen **contractus sui generis**. Diese Vertragsart hat allerdings im 7. Abschnitt des II. Buches des B.G.B. unter den einzelnen Schuldverhältnissen keine ausdrückliche Regelung erfahren. Aber dieser Umstand ist rein äußerlicher Natur und für die Erkenntnis des wahren Vertragscharakters ohne Bedeutung. Denn die Aufzählung der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. soll keineswegs eine erschöpfende sein, so daß etwa nur die besonders erwähnten Verträge ein Schuldverhältnis begründen könnten [33]). Eine solche Ausschließlichkeit konnte schon um deswillen nicht beabsichtigt sein, weil die rastlos fortschreitende Entwickelung des Verkehrs stetig neue Formen entstehen läßt und damit neue Rechtsgeschäfte, die sich nicht in ein altes Schema würden einzwängen lassen. Das B.G.B. hat sich deshalb damit begnügt, für gewisse Typen von Geschäften, in denen sich seit geraumer Zeit der Rechtsverkehr zu bewegen pflegt und für die sich bereits feste Formen gebildet haben, bestimmte Vorschriften aufzustellen, um damit beim Mangel besonderer Parteivereinbarung allgemein gültige Regeln zu schaffen. Wird aber ein Vertrag geschlossen, der sich nicht unter diese Normaltypen bringen läßt, so kann ihm doch nicht etwa schon deshalb jede Rechtswirksamkeit abgesprochen werden, sondern nur dann, wenn er die für alle Rechtsgeschäfte übereinstimmend gezogenen Grenzen der Vertragsfreiheit überschreitet [34]). Hält er sich jedoch innerhalb dieser Grenzen, so

33) Vergl. **Planck**, Bd. 2 S. 5 a. E.; **Oertmann**, S. 152; **Crome**, S. 25, 397; **Endemann**, S. 907.

34) **Planck**, S. 6. Bedenklich **Endemann**, S. 909.

gilt für die rechtliche Beurteilung der gegenseitigen Beziehungen unter den Parteien in erster Linie die Parteivereinbarung, die lex contractus. Fehlt es an einer solchen, ins einzelne gehenden Abrede, so ist der Vertrag „nach Analogie verwandter Verträge und nach den allgemeinen Grundsätzen über obligatorische Verträge zu behandeln“ [35]. So liegt z. B. der typische Fall des Kaufes nur vor, wenn die Gegenleistung für die Kaufsache in Geld besteht. Besteht sie in einer anderen Sache, so ist der ebenfalls als Normalgeschäft geregelte Tauschvertrag gegeben. Ist die Gegenleistung aber in Dienstleistungen bedungen, so wird man mit Enneccerus, der dieses Beispiel anführt [36], annehmen, daß dann ein „unbenannter Vertrag“ [37] vorliegt, auf den, „was die Leistung der einen Partei betrifft, vorwiegend die Regeln über den Verkauf, was die andere Leistung betrifft, vorwiegend die Regeln über die Verpflichtung aus dem Dienstvertrage entsprechend anzuwenden sind“. Eine solche Kombination von Vorschriften, die zum Teil diesem, zum Teil jenem Vertragstypus entnommen sind, ist keineswegs etwas Außergewöhnliches, und sie wird auch vom B.G.B. selbst in einigen Fällen vorgenommen. So bestimmt § 651 Satz 2, daß, wenn der Unternehmer sich zur Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe verpflichtet, zum Teil die Vorschriften über den Kauf, zum Teil die über den Werkvertrag Anwendung finden sollen. Einen ähnlichen Fall stellt § 675 dar, der auf einen Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, eine Anzahl von Vorschriften über den Auftrag für entsprechend anwendbar erklärt.

---

35) Enneccerus-Lehmann, S. 585. Aehnlich Oertmann, S. 152.

36) S. 589.

37) Diesen Ausdruck verwendet auch Crome, S. 25, 397.

Durch diese Beispiele ist der Weg gewiesen für die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung. Die Einheitlichkeit der Entscheidung ist nicht, wie die dritte Ansicht es will, dadurch zu erreichen, daß nur das eine der beiden Elemente einseitig betont wird, sondern dadurch, daß durch eine **Kombination von Kauf- und Schenkungsregeln** beide Elemente Berücksichtigung finden[38]). Das Verhältnis ist dabei ähnlich dem beim Werklieferungsvertrage zu gestalten, bei dem sich auch zwei verschiedene Elemente, Kauf und Werkvertrag, zu einer Einheit zusammenschließen. Die Frage ist demnach die, in welchen Einzelbeziehungen das Moment des Entgeltes überwiegt und dadurch die Analogie des Kaufes bedingt und in welchen Punkten das Moment der Unentgeltlichkeit von stärkerem Einfluß ist und damit zur entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Schenkung führt. Und diese Frage läßt sich naturgemäß nicht im allgemeinen beantworten, sondern erfordert eine gesonderte Beurteilung der einzelnen Punkte. Als allgemeiner Maßstab kann höchstens der verwertet werden, daß auf Fälle, die von der regelmäßigen Gestaltung des Rechtsverkehrs abweichen, möglichst strenge Grundsätze anzuwenden sind.

II.

Es gilt also nunmehr, die Ergebnisse dieser Ansicht im einzelnen festzustellen und sie auf ihre praktische Brauchbarkeit im Vergleich zu den früher dargestellten Meinungen zu erproben.

Betrachtet man zunächst die Stellung des Gebers, so können offenbar überall da, wo es sich um seine Verpflichtungen handelt, nicht die für die reine Schenkung maßgebenden milden Rechtssätze Platz greifen, sondern es müssen die schärferen Bestimmungen des Kaufes analog zur Anwendung kommen. Denn

38) Bisher findet sich diese Konstruktion lediglich angedeutet bei **Burkhardt**, Begriff der Schenkung, S. 85.

die gemilderte Haftung des Schenkers läßt sich doch lediglich durch den Mangel jeglichen Entgeltes rechtfertigen. Daß dies in der Tat der legislatorische Gesichtspunkt gewesen ist, beweisen auch die §§ 445 und 493, welche die gleiche Haftung, wie beim Kaufe, auf alle Veräußerungsverträge gegen Entgelt erstrecken. Demgemäß hat der Empfänger der Sache gegen den Geber alle Ansprüche, die dem Käufer hinsichtlich der Gewährleistung beim Kaufe zustehen, sowohl für Mängel im Recht, als für Mängel der Sache. Nur eine Ausnahme ist in letzterer Hinsicht geboten, nämlich der Ausschluß des Minderungsanspruches. Denn die Minderung des Preises hat nur da ihre Berechtigung, wo der Preis wirklich das volle Entgelt für die Sache sein soll. Ist aber der Preis in Schenkungsabsicht besonders niedrig bemessen, so würde es unbillig sein, wenn der Geber sich noch eine weitere Herabsetzung gefallen lassen müßte. Vielmehr wird beim Fehlen einer gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Eigenschaft dem Empfänger nur der Wandlungsanspruch gewährt werden können.

Umgekehrt aber werden die dem Schenker in Berücksichtigung der Freigebigkeit vom Gesetz gewährten Vergünstigungen entsprechend auch demjenigen zu Statten kommen müssen, der durch eine gemischte Schenkung einem anderen eine Sache zugewendet und diesen dadurch bereichert hat. Denn diese Vergünstigungen beruhen doch eben allein darauf, daß der Empfänger objektiv bereichert ist auf Kosten des Gebers. Zu den Vorschriften, die dem Schenker in Anbetracht der unentgeltlichen Verminderung seines Vermögens einen Vorzug vor anderen Schuldnern gewähren, gehört vor allem das Rückforderungsrecht wegen Verarmung in § 528 und das Verweigerungsrecht beim Schenkungsversprechen in § 519. Auf demselben Gesichtspunkte, wie das letztgenannte Recht, nämlich den Schenker vor übereilten Schenkungsversprechen möglichst

zu schützen, beruht aber ferner auch die Formvorschrift des § 518, die zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert[39]). Daraus ergibt sich, daß auch für den Vertrag, durch den eine gemischte Schenkung in Aussicht gestellt wird, diese Formvorschrift beobachtet werden muß.

Im entgegengesetzten Sinne, für völlige Formfreiheit, könnte in dieser Frage nur die Ansicht entscheiden, nach der ein reiner Kauf vorliegt. Die Meinungen aber, daß zu trennen sei in Kauf und Schenkung, müßten die Formvorschrift doch wohl ebenfalls auf den ganzen Vertrag anwenden. Ich wüßte wenigstens nicht, wie man das durch ein und dieselbe Handlung erfolgende Versprechen zum Teil der Beurkundung unterwerfen, zum Teil dagegen formfrei lassen wollte. Es unterwerfen denn auch sowohl Köppen, als Weirauch den ganzen Vertrag dem Formzwange. Der Gegensatz der Anschauungen tritt aber sofort hervor, wenn die Form verabsäumt ist und der Geber sich auf die Ungültigkeit wegen des Formmangels beruft. Denn nach der herrschenden Ansicht ist dann nur die Schenkung nichtig, und erst unter Zuhilfenahme des § 139 kann auch die Rückgängigmachung des Kaufes erzielt werden. Dazu muß dann aber auch erst die Frage erwogen werden, ob der Kauf ohne die Schenkung allein ebenfalls geschlossen sein würde, und hierfür wird es fast stets an einer sicheren Grundlage fehlen. Nach der hier vertretenen Meinung dagegen wird bei Versäumung der Form der ganze Vertrag ohne weiteres nichtig und auf diese Weise also sofort ein zweifelfreies Ergebnis geliefert.

Ferner gehört zu den besonderen Vorrechten, welche das B.G.B. dem Schenker gewährt, das Widerrufsrecht im Falle groben Undankes des Beschenkten. Durch den Schenkungs-

39) Vergl. Motive, Bd. 2 S. 293; Cosack, Lehrbuch, S. 498.

vertrag werden Rechtspflichten zwar nur einseitig dem Schenker auferlegt, aber die sittliche Pflicht des Beschenkten zur Dankbarkeit kann dennoch von der Rechtsordnung nicht gänzlich ignoriert werden. Deshalb ist an die Verletzung dieser Pflicht wenigstens dann eine Rechtsfolge geknüpft, wenn sie sich in einer schweren Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben äußert. Es fällt dann die Grundlage des Schuldverhältnisses fort, in ähnlicher Weise, wie wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil seinen Vertragspflichten nicht nachkommt. Dieselbe Erwägung muß dazu führen, daß auch bei den gemischten Geschäften, bei denen die Schenkungsabsicht nur das eine Vertragselement bildet, die grobe Verletzung der Dankespflicht durch den Empfänger dem Geber ein den §§ 530 f. entsprechendes Widerrufsrecht gibt. Wie bei der reinen Schenkung die Herausgabe des Geschenkes gefordert werden kann, so kann auch von dem Empfänger bei der gemischten Schenkung die Herausgabe der Sache verlangt werden, aber nur nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es soll also dem Empfänger durch den Widerruf nur der Vorteil entzogen werden, den er ohne die Zuwendung nicht hätte. Deshalb braucht er, wenn er noch im Besitze der Sache ist, sie nur zurückzugeben Zug um Zug gegen Rückerstattung des gezahlten Preises. Hat er sie inzwischen weiterverkauft, so hat er nach § 818 Abs. 2 den Erlös zurückzugewähren, kann aber darauf den Preis zur Anrechnung bringen. Dieses Recht auf Rückgabe oder Anrechnung des gezahlten Betrages entspricht auch dem Grundsatze, daß der Besitzer dem Herausgabeanspruche des Eigentümers gegenüber seine auf die Sache gemachten Aufwendungen ersetzt verlangen kann (§ 994). Denn auch der zwecks Erlangung der Sache aufgewendete Betrag kann als „Verwendung" im weiteren Sinne angesehen werden.

Die herrschende Meinung, daß die Sache zum ideellen Teile verschenkt sei, müßte, wie schon oben bemerkt, folgerichtig zur Begründung eines Miteigentums im Falle des Widerrufs führen, denn nach § 818 Abs. 1 hat die Herausgabe der Bereicherung grundsätzlich in natura zu geschehen. Daß dies Ergebnis aber nicht befriedigt, geben die Anhänger dieser Ansicht selbst zu. Weirauch sucht es dadurch zu beseitigen, daß er behauptet, der rein persönliche Anspruch des Gebers müsse hinter dem dinglichen Rechte des Empfängers zurückstehen und der letztere könnte durch Herausgabe des Wertes der geschenkten Quote das Eigentum an der ganzen Sache behalten. Ebenso meint Köppen, der Empfänger habe auch dann, wenn er die Sache noch besitzt, nur den Wert der ideellen Quote herauszugeben. Beide übersehen aber dabei, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 818 Abs. 2 der Wert nur dann zu ersetzen ist, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außer stande ist. Diese Voraussetzungen liegen aber zweifellos nicht vor, im Gegenteil geht ja gerade die herrschende Ansicht davon aus, daß die Uebertragung von ideellen Quoten stets möglich sei. Weirauch bleibt auch jede Erklärung dafür schuldig, wieso der Anspruch des Gebers auf Uebertragung des Eigentums schwächer sein sollte als die „Befugnis" des Empfängers, das Eigentum zu behalten.

Auch in dieser Frage gibt also die Theorie der Trennung zu erheblichen Bedenken Anlaß, während die Auffassung von der Einheit des Schuldverhältnisses die Ausgleichung ohne Schwierigkeiten sich vollziehen läßt.

Ganz ähnlich ist auch das Verhältnis bei der Frage der Gläubiger-Anfechtung, die zwar begrifflich im Gegensatz zum Widerruf steht, in den Folgen aber doch manche Be-

rührungspunkte aufweist. Während der Widerruf nur von dem Geber ausgeübt werden kann und die Wirkungen des Vertrages unter den Parteien aufheben soll, steht das Anfechtungsrecht auf Grund des Gesetzes vom $\frac{\text{21. Juli 1879}}{\text{20. Mai 1898}}$ lediglich den Gläubigern des Gebers zu, und auch nur ihnen gegenüber sollen die Wirkungen des Geschäfts beseitigt werden, während die Beziehungen zwischen den Vertragschließenden selbst unberührt bleiben. Bis zum 1. Januar 1900 war dieser Begriff des Anfechtungsrechts als eines obligatorischen Anspruches des Gläubigers auf Rückgewähr der seinem Zugriff entzogenen Vermögensgegenstände des Schuldners ja allgemein und unbestritten anerkannt. Für das neue Recht freilich ist unter Führung Hellwigs[40]) die Ansicht aufgetreten, die Anfechtung sei auch für das Anfechtungsgesetz in demselben Sinne zu verstehen, wie die Anfechtung des B.G.B., und wirke demnach dinglich und nicht nur zwischen Anfechtungsgläubiger und Anfechtungsgegner, sondern auch zwischen den Vertragsparteien selbst. Indessen liegt in der rein sprachlichen Verwendung des Ausdruckes Anfechtung durch das B.G.B. kein hinreichender Grund für eine derartige Umwälzung des Begriffes, zumal das Anfechtungsgesetz auch in der neuen Fassung die Wirkungen der Anfechtung selbständig regelt, während es doch nach der Hellwigschen Ansicht nur einer Verweisung auf das B.G.B. bedurft hätte. Es ist demnach an der obligatorischen Natur der Gläubigeranfechtung festzuhalten[41]).

40) In den „Verträgen auf Leistung an Dritte", S. 379 ff., und in der Zeitschr. f. Civilprozeß, Bd. 26 S. 474 ff.

41) Es kann hier auf die Frage nicht näher eingegangen werden. Gegen Hellwig vergl. namentlich Jäger, K.O., 2. Aufl. S. 228 ff.; Kohler, Leitfaden, 2. Aufl., S. 137 f., und neuerdings Oertmann in der Zeitschr. f. Civilprozeß, Bd. 33 S. 1 ff. (mit weiteren Literaturangaben).

Bezüglich der **Voraussetzungen der Anfechtung** sei zunächst auf die in § 2 des Gesetzes aufgestellten allgemeinen Erfordernisse — vollstreckbarer Titel, Fälligkeit der Forderung und fruchtlose Vollstreckung — hingewiesen, deren Erörterung im einzelnen sich erübrigen dürfte. Die hier interessierende Frage geht dahin, in welchen der in § 3 aufgeführten Fälle die Anfechtung der gemischten Schenkung möglich ist.

Nach Nr. 1 des § 3 sind anfechtbar Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Hat also der Geber beim Vertragsschluß die Absicht der Benachteiligung gehabt und hat der Empfänger diese gekannt, was beides der anfechtende Gläubiger zu beweisen hat, so ist das Geschäft zweifellos nach dieser Bestimmung anfechtbar. Denn wie man auch die rechtliche Natur konstruieren mag, eine Rechtshandlung ist der Vertrag unbedingt, und nur diese allgemeine Eigenschaft setzt Ziffer 1 voraus.

In den folgenden Nr. 2—4 dagegen wird unterschieden, ob das Rechtsgeschäft ein entgeltlicher Vertrag oder eine unentgeltliche Verfügung ist, und hier wird deshalb die Konstruktionsfrage wieder von erheblicher praktischer Bedeutung.

Nach der Meinung, es läge reiner Kauf vor, könnte allein Nr. 2 in Betracht kommen. Ist also der Empfänger weder der Ehegatte noch einer der in Nr. 2 genannten Verwandten des Schuldners, so bleibt nur die Anfechtung aus Nr. 1. In der gänzlichen Ignorierung des Schenkungselements liegt also unverkennbar eine unbillige Härte für die Gläubiger, indem ihnen stets die Beweislast für die Benachteiligungsabsicht und deren Kenntnis aufgebürdet wird.

Die herrschende Ansicht der Trennung in Kauf und Schenkung läßt die Anfechtung aus allen 3 Ziffern zu, je nachdem nur ein Teil des Geschäfts oder beide angefochten werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung von der Einheitlichkeit des Vertrages kann es sich nur fragen, ob das Geschäft ganz unter die erste Gruppe der entgeltlichen Verträge oder ganz unter die zweite der unentgeltlichen Verfügungen zu zählen ist. Das entscheidende Moment kann nur im Begriff des Entgelts liegen. Entgelt aber ist diejenige Leistung, die eine andere Leistung als ihr vollwertiger Ersatz (ihr Aequivalent) auszugleichen bestimmt ist. Ein entgeltlicher Vertrag ist also ein Vertrag, bei dem nach der Absicht der Parteien der Leistung des Schuldners eine gleichwertige Gegenleistung des Gegners gegenübersteht. Da nun für die Anfechtung den Gegensatz zum entgeltlichen Vertrage die unentgeltliche Verfügung bildet, so muß eine solche nicht nur dann angenommen werden, wenn eine Gegenleistung überhaupt nicht gewährt wird, sondern ebenso auch dann, wenn die Gegenleistung nicht voller Ersatz für die Leistung sein soll[42]. Hiernach ergibt sich, daß das ganze Geschäft der Anfechtung aus Nr. 3 und 4, nicht der aus Nr. 2 unterworfen ist. Und dieses Ergebnis ist auch durchaus praktisch brauchbar. Der Ausschluß der Ziffer 2 ist deshalb unbedenklich, weil, wenn der Anfechtungsgegner der Ehegatte ist, Nr. 4 zu Gebote steht, die noch dazu eine längere Frist gewährt als Nr. 2, und wenn er einer der Verwandten ist, Nr. 3 wie auf jeden Dritten auch auf ihn Anwendung findet.

Die Wirkungen der Anfechtung sind durch § 7 dahin bestimmt, daß der Gläubiger Rückgewähr beanspruchen kann und daß (Abs. 2) der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese nur insoweit zurückzugewähren hat, als er durch sie bereichert ist. Da nach der hier vertretenen Ansicht die gemischte Schenkung als unentgeltliche Verfügung anzusehen ist, so kommt dieser Absatz 2 in erster Linie in Be-

42) So auch Jäger, KO., S. 294; Petersen-Kleinfeller, KO., S. 178; Cosack, Anfechtungsrecht, S. 138 ff.

tracht. Der gutgläubige Empfänger hat also nur die Bereicherung zurückzugewähren. Diese Rückgewähr hat aber nicht etwa in der Weise zu erfolgen, daß die Sache in das Eigentum des Schuldners zurückübertragen würde und dann erst dem Zugriffe des Gläubigers freistände. Dies würde wohl der oben abgelehnten dinglichen Wirkung der Anfechtung, der absoluten Nichtigkeit entsprechen, nicht aber der obligatorischen Natur der Anfechtung. Der Gegenstand der Leistung soll vielmehr dem Gläubiger nur zum Pfändungspfandrechte herausgegeben werden[43]). Da aber das Pfandrecht des Gläubigers lediglich die Bereicherung ergreift, so hat der Empfänger zwar die Sache herauszugeben, er hat jedoch Anspruch darauf, aus dem Erlöse den gezahlten Preis vorweg zu erhalten, denn insoweit ist er durch das Geschäft nicht bereichert. Ebenso, wie der Empfänger einer reinen Schenkung, der diese nach § 7 Abs. 2 zurückzugewähren hat, berechtigt ist, die auf die Sache gemachten Verwendungen oder die für den Schenkungsakt von ihm erhobenen Gebühren als die Bereicherung vermindernd in Abzug zu bringen[44]), so muß man auch dem Empfänger einer gemischten Schenkung einen entsprechenden Anspruch auf den Preis zugestehen[45]). Dies deckt sich auch allein mit der Regelung in dem Falle, in dem der Empfänger die Sache bereits vor der Anfechtung veräußert hat. Denn hier kann die Bereicherung nur in der Differenz zwischen dem erzielten Erlöse und dem gezahlten Preise bestehen. Wollte man dagegen die Entscheidung dahin treffen, daß der Gläubiger aus dem vollen Werte der Sache Befriedigung suchen könnte, der Empfänger aber wegen Rückerstattung des Preises sich nur an den Schuldner zu halten hätte, so wäre dies nicht nur eine ungerechtfertigte Bevorzugung

43) Kohler, a. a. O. S. 139—141.

44) Jäger, S. 331; Cosack, Anfechtungsrecht, S. 300.

45) Vergl. die analogen Erwägungen beim Widerruf oben S. 231.

des Gläubigers, sondern es würde damit außerdem auch der durch § 7 ausdrücklich aufgestellte Unterschied zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Empfänger vollständig beseitigt. Nur auf die angegebene Weise kann sich also die Ausgleichung zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner vollziehen, wenn man dem Sinne des Anfechtungsgesetzes gerecht werden will.

Auch Köppen und Weirauch halten eine Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner für erforderlich, falls nur die den einen ideellen Teil ergreifende Schenkung angefochten wird und der Beschenkte gutgläubig ist. Beide lehnen aber auch hier, wie beim Widerruf, die Einräumung des Miteigentums ab und meinen, daß der Empfänger seiner Rückgewährpflicht durch Herausgabe eines der Sachquote an Wert gleichkommenden Geldbetrages genüge. Das Ergebnis unterliegt also den gleichen Bedenken, wie das über die Ausgleichung beim Widerruf. Es muß hier aber noch ferner betont werden, daß der vielberufene § 139 B.G.B. gerade bei der Anfechtung versagt. Denn die Rückgängigmachung des ganzen Geschäfts, die nach § 139 im Zweifel eintritt[46], kann nur bestehen in einer Auflösung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien selbst. Der Empfänger müßte also die Sache an den Schuldner zurückgeben, bei dem sie dem Zugriffe des Gläubigers freistände, und könnte den gezahlten Betrag auch nur von dem Schuldner zurückfordern. Das ist aber gerade das Ergebnis, das, wie oben gezeigt, dem Abs. 1 des § 7, nicht dagegen dem Abs. 2 entspricht.

Lammfromm und Dernburg endlich müßten, da sie einen Doppelvertrag annehmen, bei der Anfechtung des ganzen Geschäfts auch zu einer doppelten Wirkung der Anfechtung gelangen. Der Gläubiger könnte sich dann erstens infolge der

---

46) die auch Jäger, S. 297, befürwortet.

Anfechtung des Kaufes aus dem Kaufgegenstande, also aus der Sache selbst, und zweitens infolge der Anfechtung des Erlaßvertrages aus dem Schenkungsgegenstande, also aus der Restkaufgeldforderung, befriedigen, ein Beweis für die Haltlosigkeit dieser Ansicht.

Zum Schluß sei noch eine Frage berührt, die nicht minder Anspruch auf praktische Wichtigkeit erheben darf, die Frage nach der Stempelpflicht der gemischten Schenkung. Das preußische Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 unterwirft nach Tarifstelle 56 der Besteuerung Schenkungen unter Lebenden, sofern sie schriftlich beurkundet sind, und ihm gelten als Beurkundungen von Schenkungen „alle Schriftstücke über solche Geschäfte, bei welchen die Absicht auf Bereicherung des einen Teils gerichtet war, auch wenn das Geschäft in der Form eines lästigen Vertrages abgeschlossen ist". Hieraus ist deutlich zu ersehen, daß das Stempelgesetz mit dem Ausdruck Schenkung einen erheblich weiteren Begriff verbindet als das B.G.B., und daß die auf Bereicherung des einen Vertragschließenden gerichtete Absicht genügt, um das Geschäft dem Schenkungsstempel zu unterwerfen, gleichviel, ob mit dem Vertrage zugleich noch andere Absichten verfolgt werden oder nicht. Danach kann es keinem Zweifel unterliegen und ist auch in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt[47]), daß die gemischte Schenkung nach Tarifstelle 56 zu versteuern ist.

Da der Schenkungsstempel ein reiner Wertstempel ist, so ergibt sich der Steuerbetrag dadurch, daß man vom Gesamtwert der Zuwendung den Betrag der Gegenleistung in Abzug bringt. Es ist deshalb für das einheitliche Geschäft auch nur der Schenkungsstempel und nicht daneben noch der Kaufstempel

47) Vergl. Heinitz, St.St.G., S. 530; Kammergericht in der Rechtsprechung der O.L.G., Bd. 5 S. 304, und Reichsgericht in Jur. Wochenschrift, 1903, S. 277 Nr. 24.

zu entrichten. Auch diese, von dem hier vertretenen Standpunkte aus selbstverständliche Folge ist für das Gebiet des Stempelsteuergesetzes bisher unbestritten anerkannt[48]). Die herrschende Ansicht müßte folgerichtig aber auch hier die Trennung in die beiden Vertragsbestandteile, Kauf und Schenkung, durchführen und demnach zur Verwendung beider Stempel gelangen, also wiederum zu einem unbefriedigenden Ergebnis.

Das Bild, das sich schließlich aus all diesen Einzelfragen für den Gesamtcharakter des Geschäfts ergibt, zeigt eine ungleich stärkere Einwirkung des Schenkungselements gegenüber dem Kaufelement, es zeigt sogar, daß in den meisten Beziehungen die gemischte Schenkung die gleiche Behandlung erfährt, wie die Schenkung unter einer Auflage. Gewiß sind beide Vertragsarten begrifflich verschieden. Die Auflage ist lediglich Nebenbestimmung, deren Wirkungen erst in Zukunft, erst später als die der Schenkung selbst, in die Erscheinung treten sollen, während bei der gemischten Schenkung Leistung und Gegenleistung gleichzeitig ihre Wirkungen äußern. Es braucht deshalb bei der Schenkung unter einer Auflage der Empfänger die Auflage erst dann zu erfüllen, wenn der Schenker vorgeleistet hat (§ 525), bei der gemischten Schenkung dagegen ist die Gegenleistung Zug um Zug zu erfüllen (§ 322 Abs. 1). Aber doch ist es trotz dieses begrifflichen Unterschiedes praktisch oft nicht möglich, festzustellen, ob das eine oder das andere vorliegt, und zwar in solchen Fällen der donatio sub modo, in denen die Auflage in der Bewirkung einer Leistung an den Schenker selbst besteht. Gerade hier wird eben häufig nicht eine Auflage, sondern eine Gegenleistung in Frage stehen[49]).

48) Vergl. Heinitz und das Kammergericht a. a. O.

49) Vergl. insbesondere Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 2 Abt. 2 S. 135; Bekker, Pand., Bd. 2 S. 360 Note 1; Cosack, Anfechtungsrecht, S. 145.

Dieser Gesichtspunkt läßt es demnach auch nicht ungerechtfertigt erscheinen, in praktischer Beziehung beide Rechtsgeschäfte im wesentlichen gleichartig zu behandeln [50]).

50) Auch für das preußische Recht, das im Zweifel die donatio sub modo einem lästigen Vertrage gleichsetzte (A.L.R. I, 11, § 1035), wurde sowohl von Gruchot, in Bd. 18 seiner Beiträge S. 310 ff., als auch vom Reichsgericht, in dem bei Gruchot, Bd. 25 S. 436 mitgeteilten Erkenntnis, das negotium cum donatione mixtum als die „eigentliche" donatio sub modo aufgefaßt.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2767

Die Bedeutung des Lehrnisbesitzes für streitiges R... lichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Von Otto ... 2 Mark.

Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürger... zum Proze... Von Dr. **Konrad Hellwig**, Prof. in Erlangen. 1900. Preis: 13 Mark

Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Rei... Von der Juristischen Gesellschaft in Berlin gekrönte Preisschrift. Vo... **Ernst Jacobi**, Professor der Rechte an der Universität zu Münster ... Preis: 9 Mark.

Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht mit Beiträgen zum Recht... Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenscha... Von Dr. **Alexander Leist**, Professor in Gießen. 1904. Preis: 4 Mark.

Inhalt: I. Pflichten und Verbindlichkeiten der Mitglieder. — II. Selbst... — III. Rechtsansprüche der Mitglieder. — IV. Ausschließung von Mitgliedern... V. Wirkungen der Ausschließung. — VI. Auflösung des Vereins und Austritt... Mitglieder. — VII. Ausschluß des Rechtswegs und Schiedsgerichtsklausel. — VIII... gebnis und Folgerung.

Jahrbuch f. Gesetzgebung. 28. II.:

Es muß anerkannt werden, daß Leist durch sein neuestes Buch sich wieder ... Verdienste erworben hat. Man wird es danach kaum noch als eine in jeder Hi... einwandfreie Leistung für das öffentliche Wohl ansehen können, wenn jemand sic... „Vereinsfreiheit“ schlechthin engagiert. Vor allem wird es bei der Forderun... „Rechtsfähigkeit der Berufsvereine“ nicht ohne Nutzen sein, die Leistschen U... suchungen zu berücksichtigen.

Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deu... Reich. Von Dr. **Erwin Riezler**, Privatdozent an der Universität Mün... 1900. Preis: 4 Mark.

Das Armenrecht der deutschen Civilprozeßordnung. Von Dr. **Ri... Schott**, Prof. an der Universität Jena. 1900. Preis: 4 Mark 50 Pf.

Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Civilprozeß. Vo... **Richard Schott**, Prof. an der Universität Jena. 1903. Preis: 4 Mark.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und ... Gastwirts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vo... **Heinrich Siber**, Landrichter und Privatdozent an der Universität Le... 1900. Preis: 2 Mark 50 Pf.

Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte. 1. Zur Geschichte der con... und der actio certae creditae pecuniae. 2. Ueber das possidere pro posse... Von Dr. **W. Stintzing**, Prof. an der Universität Leipzig. 1901. Preis: 3 ...

Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. Von Dr. **W. Stin... Prof. an der Universität Leipzig. 1. Heft. 1903. Preis: 2 Mark 50 Pf.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2767



Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

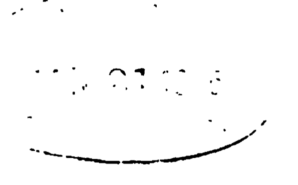
Dr. Ferdinand Regelsberger und Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Zwölfter Band.
48. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik
des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“.
Viertes bis Sechstes Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1904.

Inhalt.



VI.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Von Dr. **P. Dochnahl**, Frankfurt a. M.

Einleitung.

Ueber Mangel an schriftstellerischen Bearbeitungen unseres Themas kann nicht geklagt werden. Aber es findet sich — wenigstens soweit das römische Recht in Frage kommt — in der Literatur fast nichts, was einigermaßen befriedigt. Wohl auf keinem anderen Rechtsgebiete gibt es eine so überaus große Vielheit von verschiedenen Ansichten: die Theorien über die Stellung des römischen Rechts zu unserer Frage überschreiten die Zahl dreißig und mehren sich noch von Jahr zu Jahr. Schuld hieran ist ein überwuchernder Subjektivismus: die meisten Schriftsteller treten mit einer bestimmten Meinung bereits an die Quelleninterpretation heran, während sie doch ihre Ansicht erst aus einem eingehenden Quellenstudium entnehmen sollten. Unsere Aufgabe wird in einer vorurteilsfreien Betrachtung der maßgebenden Quellenstellen bestehen.

§ 1.
Grundlegende Begriffe.

Bevor wir mit der Quellenauslegung beginnen, bedürfen einige Grundbegriffe der Erklärung.

Man unterscheidet zwischen dem Werkvertrage über ein materielles oder körperliches und dem über ein immaterielles oder unkörperliches opus. Eine genauere Abgrenzung finden wir weder in den Quellen des alten, noch in denen des neuen Rechts. Wir verstehen im folgenden unter dem Werkvertrage über ein materielles opus nur denjenigen, welcher die Herstellung oder Bearbeitung einer Sache bezweckt, unter dem Werkvertrage über ein immaterielles Werk nur denjenigen, bei welchem es an einer zu bearbeitenden Sache mangelt. Auf die Wertdifferenz zwischen Sache und Werk kommt es uns bei ersterem nicht an. Auch die Herstellung eines Gemäldes durch einen Künstler bezeichnen wir als ein materielles opus. Nur so läßt sich unseres Erachtens eine einheitliche Behandlung der körperlichen opera einer-, der unkörperlichen andererseits erzielen.

Dankwardt[1]) zählt den Transport zu den materiellen opera. Das Frachtgut werde insofern bearbeitet, als es durch den Transport einen „Wertzusatz" erhalte. Mit Oertmann[2]) erklären wir uns gegen diese Ansicht. „Der Wert ist nichts materiell in den Dingen Vorhandenes. Daher kann ihnen auch der durch Lokomotion entstehende Mehrwert nichts Materielles hinzusetzen"[3]). Uebrigens ist diese Wertveränderung auch gar nicht Gegenstand des Vertrages. Der Frachtführer hat

1) Die locatio conductio operis (Iherings Jahrb., a. F., Bd. 13, n. F., Bd. 1), S. 319.

2) Zufall bei der Werkverdingung (Grünhuts Zeitschr., Bd. 24) — im folgenden zitiert: Oertmann, Zufall —, S. 45 f.

3) Siehe Anm. 2.

das Gut zu befördern; darin besteht seine Leistung; was daraus für den Wert des Gutes resultiert, geht ihn nichts an, es ist erst eine Folge des Transportes.

Es soll über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrage gehandelt werden. Was ist Gefahr? Die Bedeutung des Wortes „periculum“ ist ein äußerst bestrittener Punkt. Die Quellen brauchen „periculum“ in mehrfachem Sinne, sie sprechen von einem periculum culpae [4]), contumaciae, negligentiae [5]), custodiae [6]), vis maioris [7]). Nun wird aber „periculum“ an manchen Stellen in einem augenscheinlichen Gegensatze zu dem durch Verschulden der interessierten Personen herbeigeführten Schaden gebraucht [8]), niemals aber umgekehrt ohne Zusatz im Gegensatze zum periculum casus [9]). Dies kann sich nur daraus erklären, daß unter „periculum“ im engeren Sinne, unter „periculum“ schlechthin, die Möglichkeit des zufälligen Schadens verstanden wurde [10]). Die modernen Schriftsteller gebrauchen „Gefahr“ nur in dem letzteren Sinne. Diese Terminologie ist auch unserer Ausführung zu Grunde zu legen.

Gefahr ist die Möglichkeit eines Zufalles, welcher in unseren Vermögenskreis schädigend eingreift. Sprechen wir

---

4) l. 39 §§ 12, 14 D. de adm. et per. 26, 7.

5) l. 40 D. de adm. et per. 26, 7.

6) l. 40 D. loc. 19, 2.

7) l. 1 C. de loc. 4, 65.

8) l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19, 5: „. . . . dolum et culpam praestandum esse . . . periculum non.“ Fr. Vat. § 101: „. . . . culpam, non etiam periculum praestare.“

9) Im gemeinen Rechte war auch die Bedeutung des Wortes „casus“ bestritten. Wir verstehen darunter mit der herrschenden Meinung nur ein solches schädigendes Ereignis, das ohne Verschulden eines Beteiligten eintritt.

10) Ein Fingerzeig für die Auslegung der l. 36 D. loc. 19, 2!, unten S. 248 ff., 273 f.

von Gefahr beim Werkvertrage, so denken wir in erster Linie an die Lohnfrage, ob der Unternehmer seinen Lohn erhält:

1) wenn vor oder während der Arbeit die Herbeiführung des Erfolges unmöglich wird,

2) wenn das Werk infolge eines casus vernichtet oder beschädigt wird, ohne daß dadurch eine Unmöglichkeit eintritt[11]).

Verliert er seinen Lohnanspruch, so trägt er die Gefahr; behält er ihn, so trägt der Besteller die Gefahr.

Wir sprachen von einer Unmöglichkeit. Wann liegt eine solche in dem gedachten Sinne vor? Nur dann, wenn die Ausführung in der durch den Vertrag geforderten Weise überhaupt nicht, d. h. von niemandem mehr bewirkt werden kann (objektive Unmöglichkeit). Das (persönliche) Unvermögen des Schuldners zur Leistung begründet nur dann eine objektive Unmöglichkeit, wenn die Handlung, durch welche der Erfolg herbeizuführen war, nach Vertrag oder Natur der Sache eine unvertretbare darstellt.

Geht die zu bearbeitende Sache unter oder erleidet sie eine nicht zu beseitigende Verschlechterung, so entsteht beim reinen Werkvertrage stets eine objektive Unmöglichkeit. Die zu bearbeitende Sache wird hier nach römischem Rechte und B.G.B. vom Besteller geliefert. Mag sich diese wirtschaftlich als eine vertretbare charakterisieren, durch die Hingabe zur Bearbeitung wird sie für den Vertrag zu einer individuell bestimmten, denn nur diese und keine andere soll bearbeitet werden[12]).

Bei Bauwerken wird eine objektive Unmöglichkeit infolge

---

11) Trifft ein Zufall das Werk, ohne eine Wiederherstellung unmöglich zu machen, so erhebt sich die Frage: ist der Unternehmer zur Herstellung verpflichtet und berechtigt?

12) Anders bei der locatio conductio irregularis!

Unterganges des körperlichen Substrates eine große Seltenheit bilden. Denn ein Zufall, welcher eine totale Unbrauchbarkeit des Bodens zu Bauzwecken im Gefolge hat, dürfte fast nur in gewaltigen Naturereignissen zu suchen sein wie Erdbeben, vulkanischen Ausbrüchen, großen Ueberschwemmungen — z. B. wenn eine Insel vom Meere verschlungen wird — und dergleichen.

Für das bürgerliche Recht ist noch des Werklieferungsvertrages zu gedenken, für den nach § 651 hinsichtlich der Gefahrfrage die Regeln des Werkvertrages Anwendung finden. Beim Werklieferungsvertrage wird der Untergang des körperlichen Substrates in den meisten Fällen keine objektive Unmöglichkeit zur Folge haben. Individuell bestimmt sein muß bei ihnen nur das Werk, nicht aber die zu bearbeitende Sache. Beispiel: Ein Künstler soll mir aus karrarischem Marmor die Büste meines Großvaters herstellen. Den Stoff hat er selbst zu beschaffen. Der Marmor ist vertretbar, das Werk — es sei angenommen — nicht. Die Vernichtung des Werkes, und sei die Bearbeitung noch so weit fortgeschritten oder gar vollendet, macht die Ausführung des Werkvertrages nicht unmöglich. Zwar wird das Werk nach der Vollendung und vielleicht auch geraume Zeit vorher an sich als species anzusehen sein, für den Vertrag bleibt es ersetzbar. Das untergegangene Werk bildete ja nicht das Objekt des Vertrages; es stand bis zur Ablieferung im Belieben des Künstlers, ob er mir gerade dieses Werk zum Zwecke der Vertragserfüllung geben oder es meinem Onkel verkaufen und mir ein neues anfertigen wollte.

Unter anderen Zufällen, welche eine Unmöglichkeit verursachen, sind namentlich diejenigen hervorzuheben, welche bei einer zeitlichen Begrenzung, wie sie durch die Natur der Sache oder Vereinbarung — Fixgeschäfte — begründet sein kann,

eine derartige Verzögerung herbeiführen, daß der Zeitpunkt der Leistungspflicht nicht eingehalten werden kann.

Beim immateriellen opus werden sie die Hauptgründe der Unmöglichkeit sein, wenn auch nicht die einzigen (man denke beim Transporte an den Untergang des Frachtgutes, bei einer vorzunehmenden Zahnoperation an den zufälligen Tod des Patienten, bei einer Pferdedressur an den des Pferdes).

I. Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte.

a) Bei materiellen Werken.

§ 2.

1. Erste Grundanschauung: periculum est locatoris.

Die Schriftsteller, welche sich mit der Gefahrfrage bei der locatio conductio operis im römischen Rechte befaßt haben, spalten sich fast sämtlich in zwei Hauptgruppen. „Periculum est locatoris", behauptet die eine, die andere: „conductoris est periculum". Jene Ansicht bezeichnen wir im folgenden als erste, diese als zweite Grundanschauung. Daneben finden sich Meinungen, welche zwischen beiden Grundanschauungen in der Weise vermitteln, daß sie eine prinzipielle Gefahrteilung zwischen den Kontrahenten vornehmen. Ihr Hauptvertreter ist Oertmann[1]). Die erste Grundanschauung — wir nennen sie auch erste Theorie im Gegensatze zu der später zu erörternden zweiten und dritten — wird verteidigt von Arndts[2]), Baron[3]), von Buch-

1) Oertmann, Zufall, bei Grünhut, Bd. 24.

2) Lehrbuch der Pandekten, Ed. 8, München 1859, S. 505 ff.

3) Pandekten, §§ 269, 297.

holtz[4]), Gesterding[5]), der Glosse, Göschen[6]), Hartmann[7]), Keller[8]), Leyser[9]), Loewy[10]), Mackeldey[11]), v. Madai[12]), Michon[13]), Molitor[14]), Mühlenbruch[15]), Seuffert[16]), Sintenis[17]), Unterholzner[18]), Védry[19]), Wendt[20]), Windscheid[21]), Schmidt[22]) u. a.

Von ihnen gewähren einige, z. B. Gesterding, Göschen, Hartmann, Keller, Leyser, Mackeldey, Madai, Mühlenbruch, dem Unternehmer stets den vollen Lohn, auch wenn das Werk noch nicht vollendet, manche unter ihnen sogar, wenn es noch nicht einmal begonnen war, als der Zu-

4) Zufall bei dem Verdingungsvertrage (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, n. F., Bd. 8), S. 7.

5) Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten, Greifswald 1818, S. 106.

6) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. 2, Göttingen 1843, § 514/5.

7) Juristischer Casus (Iherings Jahrb., Bd. 22, n. F., Bd. 10), S. 428—430.

8) Pandekten, § 340, S. 645.

9) Meditationes ad Pandektas, Ed. 3, Spec. 212, Med. 5.

10) Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen, Berlin 1888, S 99—102, 143.

11) Lehrbuch, 13. Aufl., § 381, 2 c.

12) Lehre von der Mora, Halle 1837, S. 277.

13) Du Louage d'Ouvrage, thèse, Paris 1890, p. 79 ff.

14) Les Obligations, I, § 285.

15) Lehrbuch des Pandektenrechts, Ed. 3, Halle 1840, Bd. 2, § 414, N. 10.

16) Praktisches Pandektenrecht, § 333.

17) Das praktische gemeine Civilrecht, 2. Aufl., Leipzig 1861, Bd. 2, § 118, N. 148 und bei N. 163.

18) Schuldverhältnisse, Leipzig 1840, Bd. 2, S. 352 f.

19) Du Louage d'Ouvrage, thèse, Paris 1892, p. 58 ff.

20) Pandekten, § 261.

21) Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900 (im folgenden zitiert: Windscheid, Pand.), Bd. 2, § 401.

22) Worin weichen die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Diss., Rostock 1902.

fall eintrat. Von dem Lohne geht ab, was der Unternehmer infolge der Unmöglichkeit erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben hat. Allerdings ist dies nicht bei allen besonders gesagt.

Die anderen, z. B. Arndts, Baron, Loewy, Michon, Windscheid, Schmidt, mildern das Prinzip, indem sie dem Unternehmer nur einen Teil des Lohnes, entsprechend dem fertiggestellten Teile des opus oder auch entsprechend der geleisteten Arbeit, zubilligen. Von ihnen knüpfen einige, z. B. Arndts, Gesterding, diesen Anspruch des Unternehmers ausdrücklich an den Nachweis, daß der vollendete Teil approbationsfähig gewesen sei.

Nach Unterholzner hat der Besteller den vollen Lohn auch bei Eintritt der Unmöglichkeit vor Beginn der Arbeit zu entrichten, falls die Unmöglichkeit in seiner Person begründet ist; ist die Unmöglichkeit dagegen durch Untergang der zu bearbeitenden Sache oder durch Umstände in der Person des Unternehmers veranlaßt, so fällt vor Beginn der Arbeit jeder Lohnanspruch weg, nach Beginn der Arbeit kann der Unternehmer einen Teil des Lohnes verlangen.

Wendt läßt den Unternehmer die Gefahr dann tragen, wenn der Zufall seine Person betrifft oder durch ein vitium operis verursacht wird, im übrigen den Besteller.

Von den Anhängern der ersten Theorie, soweit sie überhaupt ihren Standpunkt aus den Quellen zu begründen suchen, gehen die meisten, z. B. Buchholtz, Mühlenbruch, Sintenis, Windscheid, von der Voraussetzung aus, daß „periculum“ im ersten Satze der l. 36 D. loc. 19, 2:

„Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et

in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset"

ein periculum culpae bedeute. Sie nehmen an, daß „vis maior" in dem Satze „Si tamen . . . ." sich von dem gewöhnlichen Zufalle in nichts unterscheide. Und in der Tat ist dann eine Auslegung des Wortes „periculum" im ersten Satze als periculum culpae geboten[23]). Denn es kann unmöglich im ersten Satze heißen: der Unternehmer trägt die Gefahr des Zufalles, im letzten: der Besteller trägt die Gefahr des Zufalles.

Zudem weist das „si tamen" auf einen Gegensatz zwischen beiden Sätzen hin. Man schließt weiter, daß entweder das Wort „periculum" im ersten oder das im Satze „Si tamen . . . ." eine andere Bedeutung als gewöhnlich haben müsse. In dem letzteren Satze ist nun aber das „periculum" durch den Ausdruck „vis maior" als periculum casus genau bestimmt, also kann nur das erste eine besondere Bedeutung haben: es ist aufzufassen als periculum culpae.

Bevor wir zu der Untersuchung schreiten, ob diese Interpretation gerechtfertigt ist, sind noch einige Ausdrücke in der Stelle zu erklären. „Opus aversione locatum" ist ein in Bausch und Bogen, d. h. für einen Gesamtpreis, verdungenes Werk. Die modernen Juristen sind sich darüber einig. Ebenso über die Bedeutung eines „opus, quod in pedes mensurasve praestatur": es wird hiermit ein Werk bezeichnet, das nach Fuß oder Maß abzuliefern ist.

---

23) falls man nicht die Mommsensche Erklärung vorzieht; unten S. 273.

Worin besteht die Approbation, von der in der lex die Rede ist? Offenbar in einem Akte sowohl des Unternehmers als des Bestellers; das erstere beweisen die Wendungen „priusquam locatori opus probaretur“ in l. 37 h. t. und „antequam eum probares“ in l. 62 h. t., das letztere geht aus „si tale opus fuit, ut probari deberet“ in l. 37 h. t. unzweifelhaft hervor. Der Unternehmer führte dem Besteller die Vertragsmäßigkeit des Werkes vor Augen, und der Besteller erklärte dann, daß er die Leistung als Erfüllung annehme. Die Tätigkeit jeder der Parteien bei der Approbation wurde als „probare opus“ bezeichnet.

War der Besteller zur Approbation eines vertragsmäßig hergestellten Werkes verpflichtet? Wir bejahen die Frage[24]. Denn einmal scheint uns die Billigung ein Gebot der bona fides zu sein[25], dann wird in den Quellen von der Approbation als etwas ganz Selbstverständlichem gesprochen. In denjenigen leges, in denen eine grundsätzliche Gefahrregelung gegeben wird (l. 36 cit., l. 62 h. t.), vollzieht sich der Gefahrübergang, wie wir unten zeigen werden, stets mit der Approbation, und es läßt sich nicht denken, daß der wichtige Moment des Gefahrüberganges an die Vornahme einer Tätigkeit geknüpft gewesen sein sollte, die gesetzlich gar nicht einmal vorgeschrieben war.

Aus den gleichen Gründen dürfte sich ergeben, daß auch der Unternehmer zum „probare opus“ verpflichtet war; nur wird es hier bedenklich sein, eine solche Verpflichtung aus der bona fides abzuleiten; die letztere wird zwar in den meisten,

---

24) Ebenso Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Bd. 2, S. 314; Puchta, Pandekten, 5. Aufl., § 367; Unterholzner, a. a. O., S. 351.

25) Vergl. Crome, Partiar. Rechtsgesch., Leipzig und Tübingen 1897 (im folgenden zitiert: Crome, P. R.), S. 312.

aber nicht in allen Fällen eine Probationspflicht des Unternehmers begründen.

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung sind wir mit Baron[26], Buchholtz[27], Glück[28], Kentenich[29], Fr. Mommsen[30] der Ansicht, daß der Besteller nach der Approbation keine Rechte wegen unverschuldeter Mängel des Werkes mehr geltend machen konnte. Dernburg[31]) ist zuzugeben, daß dies allerdings nicht aus l. 24 pr. h. t.:

„. . . . ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta . . .",

wie Arndts, l. c., § 315, annimmt, hervorgeht. Wohl aber folgt es aus l. 8 C. de op. publ. 8, 11:

„Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum . . . . usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii, ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitutum tempus provenerit, de eorum patrimonio (exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti) reformetur."

Hier ist bei öffentlichen Gebäuden eine fünfzehnjährige Haftung des Unternehmers wegen verschuldeter Mängel vorgeschrieben, für zufällige Mängel wird sie ausdrücklich abgelehnt. Geschah das letztere mit Bezug auf Bauwerke des Fiskus, dann ist eine solche Haftung bei unverschuldeten Mängeln für Privatbauten ohne weiteres als ausgeschlossen anzusehen. Bestände sie wirklich noch nach der Approbation, so müßten sich kurze Verjährungsfristen finden, wie sie das B.G.B. —

---

26) a. a. O., § 295.

27) a. a. O., S. 8.

28) Pand. 17, 1, § 1055.

29) Rechtliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrage nach B.G.B., Erlanger Diss., 1898.

30) Beiträge zum Obligationenrecht, Braunschweig 1855, Bd. 1, S. 377.

31) Pand., § 113, Note 21.

§ 638 — vorgesehen hat und wie sie auch nach römischem Rechte beim Kaufe existieren. Es ist undenkbar, daß die praktischen Römer noch nach Jahren Streitigkeiten über Mängel, wie sie beim Werkvertrage nach der Natur der Sache an der Tagesordnung sind, Raum gegeben haben sollten.

Wir kehren zurück zu der ersten Theorie. Die l. 36 cit. scheint uns nicht mit ihr in Einklang zu stehen. Zunächst dünkt es uns sehr wenig wahrscheinlich, daß „periculum" zu Anfang und zu Ende der Stelle in verschiedenem Sinne gebraucht sein sollte, zu Anfang als periculum culpae, zu Ende als periculum casus.

Noch weniger einleuchtend ist es, daß Florentin eine Regel von so allgemeiner Bedeutung wie die Haftung für culpa an dieser Stelle mit solcher Emphase verkündet habe.

Der Satz „Si tamen . . ." schließlich ist mit der ersten Theorie auf keine Weise zu vereinen. Zum Verständnisse desselben ist der Schlußsatz „non enim amplius . . . ." von größter Wichtigkeit. Er scheint bei oberflächlicher Betrachtung die Auffassung des Wortes „periculum" im Anfangssatze als periculum culpae als die richtige zu bestätigen. Der Unternehmer, so bestimmt er, soll dem Besteller nicht mehr zu leisten haben, als was dieser durch eigene Sorgfalt und Mühe erreicht haben würde. Daraus wird vielfach geschlossen: der Unternehmer steht nur für solchen Schaden ein, der durch einen Mangel an der erforderlichen Mühe und Sorgfalt verursacht ist, Zufall hat er dagegen nicht zu tragen.

Dies bringt Puntschart[32]), der wie wir Gegner der ersten Theorie ist, dazu, „locatori" kurzerhand durch „conductori" zu ersetzen. Eine so willkürliche Textänderung ist aber gar nicht erforderlich zum Nachweise, daß die Auslegung

32) Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck 1885, S. 436.

des Wortes „periculum“ im ersten Satze als periculum culpae durch den Schlußsatz jedenfalls nicht unterstützt wird. In seiner unveränderten, übrigens auch von keinem anderen modernen Schriftsteller bestrittenen Gestalt beweist der Satz bedeutend mehr gegen die erste Theorie, als es die unseres Erachtens auch sehr unwahrscheinliche Lesart Puntscharts vermöchte. Der Unternehmer soll nach dem Schlußsatze nicht mehr leisten, als der Lokator durch seine Sorge und Mühe erreicht haben würde; es genügt also nicht zu seiner Befreiung von der Tragung des Schadens, daß er die von ihm geforderte Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewandt hat. Ist es doch gar nicht ausgeschlossen, daß der Lokator bedeutend mehr cura atque opera auf das Werk verwendet hätte, als der Unternehmer, um der Haftung wegen Verschuldens zu entgehen, zu leisten verpflichtet ist. Aber auch in solchen Fällen soll der Unternehmer die Gefahr tragen; er soll sie also stets tragen, außer wenn der Zufall derartig war, daß er durch eine auch noch so gesteigerte Sorgfalt des Lokators nicht abgewendet worden wäre. Diesen außergewöhnlichen Zufall nennen wir höhere Gewalt.

Hat aber „vis maior“ die Bedeutung der höheren Gewalt, und setzt, wie die erste Theorie annimmt, das periculum im ersten Satze ein Verschulden voraus, so enthält ja die l. 36 cit. kein Wort von der Gefahr des gewöhnlichen Zufalles. Soll man annehmen, daß die so ausführliche l. 36 darüber schweigt? Wie unwahrscheinlich!

Klarheit wird in die ganze Stelle durch den Satz „Si tamen . . .“ gebracht. Die Gefahr trägt der Besteller, lehrt die erste Theorie, aber was soll dann die besondere Feststellung des Florentinus, daß der Besteller die Gefahr der höheren Gewalt trage? Das versteht sich doch dann von selbst. Handelte es sich um die Entscheidung eines konkreten Rechts-

falles, so könnte man einen solchen besonderen Ausspruch des Florentin verstehen, ohne daraus Bedenken gegen den Grundsatz „periculum est locatoris“ entnehmen zu dürfen. Nun aber haben die Bemerkungen des Florentin den Charakter abstrakter Rechtssätze. Daher kann dessen Bestimmung über die Gefahrtragung bezüglich der höheren Gewalt nur als Ausnahme von der Regelung der Gefahr des Zufalles überhaupt aufgefaßt werden. Ergebnis: periculum est conductoris [33]).

Ist aber Florentin Anhänger des eben genannten Prinzipes, so ist es unmöglich, daß der erste Satz der Stelle von einem periculum culpae handelt. Denn wenn der Unternehmer schon die Gefahr des Zufalles trägt, so trägt er die Gefahr seines Verschuldens erst recht. Wer kann im Ernste annehmen, daß, wenn der Unternehmer für Zufall einzustehen hat, Florentin dies verschweigt, bezw. seinen Schülern zumutet, es aus dem Schlußsatze zu schließen, dagegen pathetisch die Regel an die Spitze seiner Ausführung stellt: der Unternehmer trägt die Gefahr seines Verschuldens, ein Satz, der an sich schon selbstverständlich ist, aber neben dem Grundsatze „periculum est conductoris“ jeder Daseinsberechtigung ermangelt. Der Anfangssatz sagt also nichts anderes, als was wir aus dem Satze „Si tamen . . .“ entnommen haben, nämlich: der Unternehmer trägt die Gefahr des Zufalles, und zwar trägt er sie bis zur Approbation.

Dem von uns gewonnenen Ergebnisse für die Auslegung der l. 36 cit. scheint aber die l. 37 eod. zu widersprechen:

---

33) Allerdings ist auch das Prinzip der Gefahrteilung im Oertmannschen Sinne durch den Satz „Si tamen . . . .“ nicht ausgeschlossen. Wir werden aber unten den Nachweis zu führen suchen, daß die Oertmannsche Anschauung in keiner der in Betracht kommenden Stellen eine Stütze findet, vielmehr durch die l. 62 h. t. positiv widerlegt wird.

„Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.“

Diese lex bestimmt nämlich, daß bei Untergang des Werkes vor der Approbation durch „vis aliqua“ der Besteller die Gefahr tragen solle. Zur Erklärung stützen wir uns nicht auf die Ansicht der Anhänger der später zu erörternden zweiten Theorie, daß Javolenus hier von einem vollendeten opus rede und danach immer noch der Grundsatz „periculum est conductoris“ gewahrt sei. Der Bedingungssatz in dieser lex scheint uns durchaus nicht mit Notwendigkeit auf eine Vollendung des Werkes hinzudeuten[34]). Er macht nur die Vertragsmäßigkeit des bis zu dem Zufalle hergestellten Teiles zur Bedingung. Man kann recht gut schon vor der Vollendung von einem Werke sagen, „si tale fuit, ut probari deberet“. Denn schon vor der Vollendung kann ein untergegangenes Werk einen, unter Umständen vom Unternehmer zu vertretenden[35]), vielleicht sogar nicht zu beseitigenden Mangel an sich getragen haben, der, wenn der Unternehmer die Arbeit fortgesetzt hätte, dem Besteller einen Grund zur Approbationsverweigerung gegeben haben würde.

Es liegt unseres Erachtens auch nicht der geringste Grund vor, mit Mommsen[36]) und Schmoll[37]) anzunehmen, daß

---

34) Ebenso Puntschart, l. c., S. 443; Michon, l. c., S. 84; Bédry, l. c., p. 56: „. . . . Les mots «tale ut probari deberet» supposeraient, suivant lui — nämlich nach Péronne — que l'ouvrage avait été terminé et qu'il était bien fait. A notre avis, c'est donner trop d'importance aux mots, et il nous semble que le texte de Javolenus signifie seulement qu'il fallait que l'ouvrage fut bien fait et digne de mériter une approbatio.“

35) Siehe dazu l. 9 § 5 h. t.: „Celsus . . . imperitiam culpae adnumerandam . . . . scripsit“.

36) l. c., Bd. 1, S. 375.

37) Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor

die l. 37 cit. eine Modifikation der l. 36 cit. darstelle. Zudem ist dies unwahrscheinlich, da Florentin jünger ist als Javolen[38]), und die Annahme, daß die Kompilatoren die ältere Rechtsanschauung zur Modifikation der jüngeren hervorgeholt hätten, äußerst bedenklich. Uebrigens pflegt die Form einer solchen Modifikation, wie die l. 62 h. t. und die l. 10 pr. D. de leg. Rhod. de iact. 14, 2 lehren, eine ganz andere zu sein, wie sie nach Mommsen und Schmoll hier in Erscheinung träte. Jedenfalls haben wir die l. 36 cit. in Ermangelung durchschlagender Gegengründe als der l. 37 vollständig koordiniert zu betrachten und dürfen auch nicht annehmen, daß die beiden unmittelbar aufeinander folgenden leges miteinander im Widerspruche stehen. Die notwendige Folge ist, daß wir „vis aliqua" in der l. 37 cit. im Einklange mit dem Sinne des Satzes „Si tamen . . . ." der l. 36 als höhere Gewalt auffassen müssen[39]). Daß das Ergebnis dieser Beweisführung richtig ist, daß „vis" überhaupt als höhere Gewalt aufzufassen ist, bestätigt Paulus l. 2 D. quod met. caus. 4, 2: „Vis . . . est maioris rei impetus, qui repelli non potest."

Der Inhalt der l. 37 unterscheidet sich daher von dem des Satzes „Si tamen . . . ." in der l. 36 nur darin, daß in der l. 37 die Vertragsmäßigkeit des Werkes zur Voraussetzung der Gefahrtragung des Bestellers gemacht wird. An sich ist dies freilich selbstverständlich, es scheint uns aber, daß die Beweisfrage durch l. 37 geregelt werden soll.

---

der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werkes auf die Verpflichtungen der Kontrahenten? Straßburger Diss., 1889, S. 37.

38) Siehe Paszotta, Rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung, Greifswalder Diss., 1889, S. 43.

39) Ebenso Paszotta, l. c., S. 34, und Oertmann, Zufall, S. 40, wenn auch schwankend; anders Gerth, Vis maior, Berlin 1890, S. 66.

Nach ihr hat der Unternehmer diesen Beweis zu führen [40]). Windscheid [41]), seinem Grundsatze getreu, alle Lasten auf den Besteller abzuwälzen, ist anderer Ansicht. Aber seine Beweisregulierung widerspricht unseres Erachtens nicht nur dem klaren Wortlaute der l. 37, sie scheint uns auch unbillig zu sein. Wie kann man dem Besteller, der in der Mehrheit der Fälle das opus vor der Ablieferung gar nicht zu Gesicht bekommt und dem es außerdem meist an der erforderlichen Sachkenntnis mangelt, den Beweis zumuten! Freilich wird es auch dem Unternehmer vielfach an geeigneten Beweismitteln fehlen. Wenn aber jemand mit dem Beweise zu belasten ist, so ist sicher er es. Kann er den Beweis nicht durch das Zeugnis seiner Gehilfen erbringen, so wird der Richter, wenn der Unternehmer nicht überhaupt eine unglaubwürdige Person ist, ihm in den meisten Fällen ohne weiteres Glauben schenken dürfen, „da es nicht die Regel ist, daß ein angefertigtes Werk fehlerhaft ist“ [42]).

Für die Unhaltbarkeit der ersten Theorie scheint uns auch die l. 62 h. t. einen klaren Beweis zu liefern:

> „Labeo lib. I Pithanorum: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, ante quam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.“

Die Vertreter der ersten Theorie schlagen bei der Erklärung dieser lex zwei verschiedene Wege ein, die einen, namentlich Buchholtz [43]), halten auch hier bei der Regel des Labeo an

40) Ebenso Mommsen, l. c., Bd. 1, S. 377.

41) Ueber Fr. Mommsens Beiträge zum Obligationenrecht (Heidelberger Kritische Zeitschr., Bd. 2) — im folgenden zitiert: Windscheid, Krit. —, S. 140, Anm. 26.

42) Windscheid, Krit., S. 140, Anm. 26.

43) l. c., S. 6.

ihrer Auffassung des Begriffes „periculum" als eines periculum culpae fest, die anderen, besonders Windscheid[44]), denken zwar bei der Gefahrnormierung durch Labeo an ein periculum casus, nehmen aber an, daß Paulus, der jüngere von beiden, die entgegengesetzte Ansicht vertreten habe, die dann in der l. 62 zur Gesetzeskraft gelangt sei.

Wenn wir nun auch wirklich mit Buchholtz es für denkbar hielten, daß Labeos Antorität mit solchem Pathos hier einen so allgemeinen Grundsatz ausgesprochen hätte wie den: der Konduktor trägt die Gefahr, wenn er schuld ist an dem Erdrutsch, welcher das Werk zerstört, so würde doch die Buchholtzsche Auffassung an dem Inhalte der Berichtigung des Paulus scheitern.

Je nachdem man annimmt, daß in dieser Berichtigung „periculum" beidemale als periculum casus oder beidemale als periculum culpae oder einmal in dieser Bedeutung, das anderemal in jener zu verstehen sei, gelangt man zu vier verschiedenen Auffassungen über den Inhalt dieses Satzes.

In „operis vitio" einen vom Unternehmer nicht verschuldeten Mangel des Werkes zu erblicken, ist den Anhängern der ersten Theorie unmöglich. Denn wenn Paulus bei einem solchen nicht den Besteller, sondern den Unternehmer die Gefahr tragen läßt, so ist damit ihrer Theorie der Boden entzogen. Für sie bleiben also nur zwei Möglichkeiten übrig, nämlich entweder in beiden Fällen das „vitium" auf ein Verschulden, hier des Unternehmers, dort des Bestellers, zurückzuführen, oder bei „operis vitio" an ein Verschulden des Konduktors, bei „soli vitio" an einen Zufall zu denken.

Vergleichen wir nun die beiden Sätze der l. 62 miteinander, indem wir zuerst in allen drei Fällen bei „periculum" ein

44) Krit., S. 139, Anm. 25.

Verschulden voraussetzen[45]). Es würde dadurch allerdings nichts Positives zu Gunsten der ersten Theorie bewiesen sein, aber auch einem Beweise gegen dieselbe aus der l. 62 wäre die Möglichkeit versagt[46]). Die Stelle ergibt dann folgenden Sinn:

Labeo sagt: Wenn den Unternehmer die Schuld trifft, trägt er die Gefahr;

Paulus dagegen (immo!): Wenn den Unternehmer die Schuld trifft, trägt er die Gefahr, wenn den Lokator die Schuld trifft, trägt der Lokator die Gefahr.

Wie geistreich! Es bleibt den Vertretern der ersten Theorie, soweit sie „periculum" bei Labeo als verschuldete Gefahr auslegen, also nur noch der eine Ausweg, bei „soli vitio" einen Zufall, dagegen bei „operis vitio" ein Verschulden zu unterstellen. Danach wäre der Inhalt der lex kurz folgender:

Labeo: Wenn der Unternehmer an dem Erdrutsch schuld ist, trägt er die Gefahr;

Paulus: Wenn der Unternehmer an dem Erdrutsch schuld ist, trägt er die Gefahr, lag der Erdrutsch an einem vom Besteller nicht verschuldeten Fehler des Bodens, so trägt der Besteller die Gefahr.

Liegt in den beiden Aeußerungen ein Gegensatz, wie „immo" unzweifelhaft andeutet? Wir vermögen keinen darin zu erblicken.

---

45) Wie es Buchholtz, l. c., S. 6, wenn wir ihn richtig verstehen, annimmt.

46) Den Einwand, welchen Paszotta, l. c., S. 34 f., und Homann, Zufall bei der Werkverdingung, Greifswalder Diss., 1892, S. 29, Anm. 47, gegen die Buchholtzsche Auffassung des „periculum" im ersten Satze als periculum culpae daraus entnehmen, daß „labes" stets ein nichtgewillkürtes Ereignis bedeute, halten wir nicht für berechtigt. Ist doch sogar von Paulus selbst in der l. 62 der Fall ins Auge gefaßt, daß der Erdrutsch durch ein „operis vitium", jedenfalls also infolge einer (wenn auch schuldlosen) Handlung des Unternehmers herbeigeführt wird.

Geschickter ist die Interpretation derjenigen Vertreter der ersten Grundanschauung, welche „periculum“ in der Regel des Labeo nicht als periculum culpae auslegen, dagegen behaupten, daß in dem Satze des Paulus die jüngere, der Ansicht Labeos entgegengesetzte Auffassung sich Geltung verschafft habe.

Natürlich sind auch die Vertreter dieser Lehre genötigt, das „operis vitium“ mit einem Verschulden des Unternehmers zu begründen. Aber auch bei Auslegung des „soli vitium“ besteht für sie nur eine Möglichkeit: sie dürfen hier ein Verschulden des Bestellers nicht voraussetzen, das „vitium soli“ muß auf einem casus beruhen. Beruhte in beiden Fällen das „vitium“ auf einem Verschulden, so würde ja die Entscheidung des Labeo durch die Aeußerung des Paulus nicht berührt, durch ihre Gültigkeit bliebe dann der ersten Theorie die Berechtigung abgesprochen.

Für Windscheid[47], der sich folgerecht auf den für seine Anschauung hiernach einzig möglichen Standpunkt stellt, hat dann die l. 62 folgenden Sinn:

Labeo erklärt, daß bei Vernichtung des Werkes infolge eines zufälligen Erdrutsches der Unternehmer die Gefahr trage.

Paulus wirft ein: bei Verschulden des Unternehmers trägt der Unternehmer die Gefahr, beruht der Erdrutsch auf einem dem Besteller nicht zu imputierenden Fehler des Bodens, so trägt gleichwohl der Besteller die Gefahr.

Es wäre nun im Sinne der Anschauung Windscheids wünschenswert, wenn man den Ausspruch des Paulus so erklären könnte, als ob nach ihm der Unternehmer die Gefahr nur dann trage, wenn ihn ein Verschulden trifft. Dies nimmt Windscheid auch an. Eine solche Auffassung ist aber unseres

47) Krit., S. 139, Anm. 25.

Erachtens in keiner Weise gerechtfertigt. Der Fall eines Erdrutsches durch einen Fehler des Bodens erschöpft die möglichen Fälle eines zufälligen Erdrutsches nicht. Er kann auch durch dritte Personen veranlaßt sein. Wer trägt die Gefahr solcher Zufälle? Jedenfalls kann man nicht aus der Entscheidung des Paulus schließen, daß der Unternehmer von der Gefahrtragung bezüglich solcher Zufälle befreit sein solle.

Wie Oertmann[48]) mit Recht hervorhebt, ist es allerdings auffällig, daß Paulus, „der doch allem Anscheine nach die beiden Arten des „vitium" als kontradiktorische Gegensätze gegenüberstellen will", wenn bei „operis vitio" notwendig an ein Verschulden gedacht werden muß, „gar keine vollständige, alle Fälle umfassende Entscheidung gibt". Dies führt uns zu der Frage, ob Windscheids Annahme, das „operis vitium" habe ein Verschulden des Unternehmers zur Voraussetzung, überhaupt berechtigt ist. Die Glosse, die ja die Windscheidsche Grundanschauung teilt, ist naturgemäß für diese Auslegung. Auch Mommsen[49]), Schmoll[50]), Schmauser[51]) suchen sie zu Gunsten ihrer Theorie zu verwerten. Ebenso treten Dankwardt[52]) und Loewy[53]) für sie ein. Nichtsdestoweniger ist sie unseres Erachtens zu verwerfen. Ein Mangel des Werkes braucht durchaus nicht an einem Verschulden des Unternehmers zu liegen. Man denke z. B., daß der Unternehmer „äußerlich fehlerfreie Balken, die aber im Innern morsch sind"[54]), zu seinem Werke benutzt, oder daß „die Träger eines Viaduktes angeschnitten werden und nach vollendetem Werke

48) Zufall, S. 38.
49) l. c., Bd. 1, S. 376.
50) l. c., S. 39 ff.
51) l. c., S. 17.
52) l. c., S. 351, Anm. 3.
53) l. c., S. 102.
54) Oertmann, Zufall, S. 38.

zusammenbrechen"[55]. Wir befolgen also wieder den Interpretationsgrundsatz: „lege non distinguente nec nostrum est distinguere" und setzen bei „operis vitium" ein Verschulden des Unternehmers nicht als notwendig voraus.

Dasselbe gilt für die Unterstellung, daß bei einem Mangel des Bodens stets den Besteller ein Verschulden treffe. Die Mommsensche Ansicht[56], „der Schaden sei in denjenigen Fällen, in welchen er in einem vitium soli seinen Grund hat, regelmäßig auf eine culpa des Lokators zurückzuführen", da „selbst dann, wenn der Lokator die fehlerhafte Beschaffenheit des Bodens nicht kannte, er sich vorher über diesen Umstand hätte vergewissern sollen", ist mit Windscheid[57], Bolze[58], Oertmann[59] unseres Erachtens zurückzuweisen. Die Sachkenntnis des Lokators wird in den meisten Fällen gar nicht so weit reichen, wohl aber die des Unternehmers. Wenn also jemand haftbar gemacht werden soll, so müßte es jedenfalls in erster Linie der Unternehmer sein.

Uebrigens kann man auch unmöglich, wie Windscheid und so viele andere tun, einem Schriftsteller von der Bedeutung des Paulus zutrauen, daß er in einer Sache von so eminenter Wichtigkeit nicht Worte genug gehabt habe, um wenigstens in einem und demselben Satze zwei grundverschiedene Begriffe nicht mit einem Ausdrucke bezeichnen zu müssen.

Somit hätte die l. 62 folgenden Inhalt: Der Ausspruch Labeos, daß bei Vernichtung des hergestellten Kanales durch einen zufälligen Erdrutsch der Unternehmer die Gefahr trage,

---

55) Bolze, Zufall bei der Werkverdingung (Archiv für die civ. Praxis, a. F., Bd. 57), S. 90.

56) l. c., Bd. 1, S. 376, Anm. 12.

57) Krit., S. 139, Anm. 25.

58) l. c., S. 90.

59) Zufall, S. 39.

wird von Paulus dahin richtig gestellt, daß der Unternehmer zwar dann mit der Gefahr zu belasten sei, wenn ein Fehler des Werkes den Schaden verursacht habe, nicht aber, wenn letzterer durch einen Mangel des Bodens hervorgerufen sei.

Auf das „feceras" in l. 62 ist wohl kein Gewicht zu legen. Denn wenn der Unternehmer nach Vollendung des Werkes auf Grund der l. 62 prinzipiell die Gefahr trägt, so hat er sie sicher um so mehr zu tragen, solange das Werk noch nicht vollendet ist.

Labeo ist augenscheinlich noch Vertreter des strengen Rechtssatzes, wonach der Unternehmer ausnahmslos bis zur Approbation die Gefahr des Zufalles trägt. Paulus durchbricht diesen Grundsatz durch eine Ausnahme, indem er bei einem „vitium soli" dem Besteller die Gefahr auferlegt. Der einzige Grund, der für ihn dabei bestimmend gewesen sein kann, ist der, daß der Besteller durch die Fehlerhaftigkeit des von ihm gelieferten Materials den Schaden veranlaßt hat. Man wird also die Regel des Paulus auf das „vitium materiae" überhaupt ohne weiteres ausdehnen dürfen[60].

Auch die l. 59 h. t. kann nicht als Beweismittel für die Richtigkeit der ersten Theorie ins Feld geführt werden:

„Iavolenus libro quinto Labeonis posteriorum: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum."

Es wird gefragt, wer bei Einsturz „terrae motu" eines erst teilweise errichteten Hauses die Gefahr trage. Sabinus belastet den Besteller mit der Gefahr, wenn durch „vis natu-

60) So auch Wuppermann, Worin weichen die Regeln des B.G.B. über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Diss., 1902, S. 31.

ralis" wie durch „terrae motus" der Einsturz herbeigeführt worden sei.

Die Anhänger der ersten Theorie wie Windscheid[61]) erklären natürlich wieder „vis naturalis" als mit gewöhnlichem Zufalle identisch und ziehen aus dieser lex in Verbindung mit der von ihnen unseres Erachtens falsch verstandenen l. 37 cod. den Schluß, daß der Besteller für Zufall einzustehen habe, einerlei ob das Werk ganz oder erst teilweise vollendet sei.

Wir berufen uns ihnen gegenüber nicht darauf, daß für die Entscheidung des Sabinus das vitium soli maßgebend gewesen sei, vielmehr glauben wir, daß bei der Erklärung der l. 59 cit. auf ein vitium soli kein Gewicht gelegt werden darf. Denn die Rechtsanschauung, daß der Besteller für den Schaden, den sein Material verursacht, einzustehen habe, tritt uns in unzweideutiger Weise erst bei Paulus, dem Verfasser des zweiten Satzes der l. 62 h. t. entgegen, daß schon Sabinus, der fast zweihundert Jahre älter ist als Paulus, diese Ansicht vertreten habe, kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Dagegen finden wir die Ausnahme für vis maior, wie oben gezeigt, schon in der l. 37 bei Javolenus, der nicht viel jünger ist als Sabinus. Für uns ist bei der Interpretation der l. 59 der Zusammenhang mit den l. l. 36 und 37 cit. maßgebend. Faßt man die l. 59 im Sinne der ersten Theorie auf, so steht sie im Widerspruche mit den l. l. 36, 37 cit., was um so weniger angenommen werden darf, als sie mit der l. 37 den Verfasser gemeinsam hat. Die drei Stellen stehen nur dann mit einander im Einklange, wenn bei der l. 59 „vis naturalis" als höhere Gewalt aufzufassen ist[62]), und damit ist die Bedeutung dieses Ausdruckes gegeben.

61) Krit., S. 140.

62) Als „impetus rei maioris, qui repelli non potest": l. 2 D. quod met. caus. 4, 2.

Auf die Annahme eines außergewöhnlichen Zufalles durch Sabinus scheint auch schon die ganz unverkennbar markante Betonung des Begriffes „vis naturalis" hinzuweisen. Diese wäre bei Richtigkeit der Auffassung der ersten Theorie höchst überflüssig gewesen; denn bei „terrae motus" kann doch wohl niemand auf den Gedanken eines verschuldeten Ereignisses kommen.

Schließlich spricht auch die l. 33 h. t. nicht für die erste Theorie. Von ihr kommen folgende Worte unmittelbar in Betracht:

„. . . . Si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis . . . ."

An ein Verschulden des Bestellers, wie z. B. Mommsen[63]) es für möglich hält, ist hier nicht zu denken. Der Fall, daß bei einem Werkvertrage über einen Hausbau der Boden einstürzt, ist verglichen mit der Verstaatlichung eines verpachteten Grundstückes. In beiden Fällen soll der Lokator die merces leisten, hier sie zurückzahlen, dort sie seinerseits entrichten. Beide Fälle sind verglichen miteinander: „quemadmodum". Ein solcher Vergleich hat aber nur dann einen Sinn, wenn entweder in beiden Fällen ein Verschulden angenommen wird, oder in beiden Fällen ein Zufall. Bei der Verstaatlichung des Grundstückes heißt es nun ausdrücklich: „quamvis pe te non stet, quominus id praestes", folglich kann auch bei dem Einsturze des Bodens nur an einen Zufall gedacht werden.

Unseres Erachtens gründet sich die Entscheidung des Africanus ebenso wie die des Paulus in der l. 62 auf ein vitium materiae. Denn einmal ist unter einem „corruere soli" im Zweifel ein nichtgewillkürtes (auch nicht von Dritten gewillkürtes) Ereignis zu verstehen; dann aber auch geht aus

63) l. c., Bd. 1, S. 381.

nichts mit Bestimmtheit hervor, daß Africanus eine vis maior zum Grunde seiner Entscheidung gemacht habe[64]. Nun glauben wir aber, jedes nicht gewillkürte Ereignis, das, ohne auf höherer Gewalt zu beruhen, den Boden schädigt, auf ein vitium soli zurückführen zu müssen; denn geht der Zufall nicht unmittelbar von dem betreffenden Grundstücke aus wie z. B. ein Erdrutsch von einem benachbarten Berge, so besteht das vitium soli eben in seiner ungünstigen Lage. Damit ist die l. 33 wieder als Ausnahme zu der allgemeinen Regel der l. 36 h. t., Satz 1, charakterisiert. Für die erste Grundanschauung kann nichts aus ihr bewiesen werden.

Der Grundsatz „periculum est locatoris" steht auch mit dem Begriffe des Werkvertrages im Widerspruche. Gegenstand des Werkvertrages ist ein Arbeitsresultat, nicht ein Arbeitsquantum, wie Windscheid[65] behauptet. Darin liegt ja gerade der wesentliche Unterschied zwischen Werk- und Dienstvertrag. Der Unternehmer verspricht einen bestimmten Erfolg gegen eine Vergütung; vermag er den Erfolg nicht herbeizuführen, so hat er nicht erfüllt, bekommt also auch keinen Lohn. Hatte er das Werk erst teilweise hergestellt zu der Zeit, als sich der Zufall einstellte, so hat er gleichfalls nicht erfüllt; denn der Erfolg läßt sich begrifflich nicht in Teile zerlegen: „operis effectus in partes scindi non potest", sagt Paulus[66].

Der Anschauung Windscheids, daß wie bei der locatio conductio operarum „jedem Teile der Leistung ein entsprechender

---

64) Böninger, Die Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrtragung beim Werkvertrag des gemeinen und bürgerlichen Rechts, Leipziger Diss., 1902, S. 27, nimmt höhere Gewalt an. Unmöglich ist diese Auffassung nicht, zumal Africanus älter als Paulus ist, wenn auch bedeutend jünger als Sabinus; siehe oben S. 264.

65) Krit., S. 141.

66) l. 58 D. de V. O. 45, 1; siehe auch l. 80 § 1 D. 35, 2.

Teil der Gegenleistung gegenüber stehe", hält Bolze[67]) mit Recht die Definition des Werkvertrages durch Labeo entgegen: „id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum" [68]).

Nun gibt es freilich aber auch Fälle, in denen der Besteller schon für eine teilweise Ausführung des versprochenen Werkes die Vergütung bezahlen muß. Es handelt sich aber hier keineswegs darum, daß ein Effekt in Teile zu zerlegen ist, sondern um eine Summe von Erfolgen, die in einem Vertrage versprochen sind. Wann liegt nun eine solche Mehrheit von Erfolgen vor? Goldschmidt[69]) sagt: „Fehlt es der Leistung an dem einheitlichen Charakter, so kann schon für den vertragsmäßig hergestellten, in sich den Charakter einer selbständigen Leistung tragenden Teil verhältnismäßige Gegenleistung beansprucht werden." Anders Bolze[70]): „Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung wird überall der Gesichtspunkt zum Durchbruch kommen, ob die teilweise Leistung für den Gläubiger nicht auch einen Wert und eventuell welchen Wert sie hat."

Unseres Erachtens sind beide Ansichten zu verwerfen. Das Richtige scheint uns Mommsen[71]) zu treffen. Nach ihm sind „rein äußerliche Merkmale nicht entscheidend, es ist immer auf die Absicht der Parteien einzugehen". Für die Verwerfung der Ansichten Goldschmidts und Bolzes sind für uns folgende Gesichtspunkte maßgebend. Es kommt niemals bei dem Werkvertrage darauf an, ob das opus an sich als ein selbständiges zu betrachten ist oder nicht. Gesetzt, es käme

67) l. c., S. 106 f.

68) l. 5 D. de V. S. 50, 16.

69) Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen (Zeitschr. f. das ges. Handelsr., Bd. 16, n. F., Bd. 1), S. 362.

70) l. c., S. 95 f.

71) l. c., Bd. 1, S. 185 f., Anm. 34.

jemand auf die Idee, ein dreistöckiges Haus in der Weise errichten zu lassen, daß er mit der Legung der Fundamente und dem Aufbau bis zum zweiten Stockwerke den einen Baumeister beauftragt, mit der Fortführung des Baues einen zweiten. Keine der beiden Leistungen kann als selbständig betrachtet werden, gleichwohl wird niemand daran zweifeln, daß mit beiden Baumeistern ein Werkvertrag eingegangen ist. Wenn also die Selbständigkeit der Leistung überhaupt kein Merkmal des durch den Werkvertrag herbeizuführenden Erfolges ist, dann kann sie auch kein Merkmal dafür sein, daß eine Mehrheit von Erfolgen vorliegt, daß eine teilweise Leistung möglich ist.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Bolzeschen Ansicht. Es gehört niemals zum Wesen eines Werkvertrages, daß der versprochene Erfolg für den Unternehmer tatsächlich einen Wert hat. Der Wert kann unter Umständen nur ein eingebildeter sein, der Erfolg kann dem Besteller vielleicht den größten Nachteil bringen. Kann man aber den Wert nicht zum Kennzeichen der Leistung beim Werkvertrage überhaupt machen, dann kann man ihn auch nicht zum Kennzeichen dafür machen, daß es sich um eine Summe von Einzeleffekten handelt, welche eine teilweise Leistung ermöglicht. Ob es sich um eine solche handelt, ist daher eine rein subjektive Frage, und es ist bewundernswert, wie korrekt sich Florentin in der l. 36 cit. ausdrückt: „quod ita conductum est, ut in pedes mensurasve praestetur[72]); es kommt einzig und allein auf den Vertrag an, ob eine teilweise Ablieferung möglich ist.

Eine andere Frage ist die: wie läßt sich die Absicht der Parteien beweisen? Die Kontrahenten werden sich in den allermeisten Fällen nicht über diesen Punkt aussprechen. Für

---

72) Siehe auch B.G.B. § 641, Abs. 1, S. 2.

die Beweisfrage scheint uns nun namentlich das Bolzesche Merkmal wichtig. Der Wert der Leistung für den Besteller, aber auch die von Mommsen mit Recht betonte Verkehrssitte dürften wohl stets Vermutungen für die Möglichkeit einer teilweisen Ablieferung begründen.

Ist die erste Theorie überhaupt zu verwerfen, so erübrigt sich ein Eingehen auf die Modifikationen, mit welchen verschiedene Anhänger derselben in der oben angegebenen Weise ihr Grundprinzip versehen haben.

2. Zweite Grundanschauung: periculum est conductoris.

§ 3.

a) Geht die Gefahr mit der Vollendung des Werkes auf den Besteller über?

Die Anhänger der zweiten Grundanschauung: periculum est conductoris spalten sich wieder in zwei Hauptgruppen, je nachdem sie grundsätzlich mit der Vollendung oder erst mit der Approbation die Gefahr auf den Besteller übergehen lassen. Das Prinzip jeder dieser beiden Hauptgruppen hat ausführliche Begründungen erfahren, jedes ist als selbständige Theorie zu behandeln. Wir bezeichnen diejenige Theorie, nach welcher die Vollendung für den Gefahrübergang entscheidend ist, als „Vollendungstheorie" oder im Gegensatze zu der oben besprochenen ersten als „zweite Theorie", die andere, nach welcher der Gefahrübergang sich grundsätzlich erst mit der Approbation vollzieht, als „Approbations-" oder als „dritte Theorie".

Zuerst wenden wir uns der zweiten Theorie zu. Sie wird vertreten von Brinz[1]), Burchardi[2]), Glück[3]),

1) Pand., Ed. II, Bd. II, 1, S. 768.

2) Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, Kiel 1861, S. 131 ff.

3) l. c., § 1055.

Goose[4]), Holzschuher[5]), Hoseus[6]), Fr. Mommsen[7]), Puchta[8]), Schmauser[9]), Schmoll[10]) u. a.

Die meisten Anhänger der Vollendungstheorie modifizieren ihren Grundsatz durch Ausnahmen.

Die Gefahr eines Unfalles, der durch höhere Gewalt verursacht ist, lassen Brinz, Glück, Schmoll u. a. stets den Besteller tragen.

Lag der Schaden an der Beschaffenheit des vom Besteller gelieferten Materials, so trifft die Gefahr nach Burchardi, Glück, Holzschuher ebenfalls den Besteller.

Nach Puchta ist der letztere auch dann mit der Gefahr zu belasten, wenn der Zufall infolge einer von ihm für die Herstellung des Werkes gegebenen Anweisung eingetreten ist.

Fr. Mommsen, der die zweite Theorie ausführlich begründet hat, will die Regeln über die Tragung der Gefahr beim Kaufe einer res futura auf den Werkvertrag ausdehnen. Bei der emptio venditio rei futurae gehe die Gefahr mit der Perfektion auf den Käufer über und analog sei auch beim Werkvertrage anzunehmen, daß bis zur Vollendung des Werkes der Unternehmer die Gefahr zu tragen habe, von da ab der Besteller. Er begründet diese Ansicht in folgender Weise[11]): „Der nächste Grund, weshalb für den auf Ausführung eines opus gerichteten Kaufkontrakt andere Bestimmungen als für den perfekten Kauf gelten, liegt freilich darin, daß das Geschäft in dem gedachten Falle als imperfekt betrachtet wird. Die

---

4) De casu quaedam observationes, Berliner Diss., 1866.

5) Civilrecht, Bd. 3, § 200, N. 2.

6) Wer trägt bei Obligationen die Gefahr?, S. 85 ff.

7) l. c., Bd. 1, S. 368 ff.; Bd. 3, S. 423.

8) l. c., § 367.

9) l. c.

10) l. c., S. 35, 49.

11) l. c., Bd. 1, S. 370.

mangelnde Perfektion hat aber ihren Grund allein in der Beschaffenheit der Leistung, und so liegt es allerdings sehr nahe, die für die erwähnte Art des Kaufkontrakts geltenden Grundsätze im allgemeinen auch für die locatio conductio operis anzunehmen."

Diese Gründe vermögen uns von der Richtigkeit der Analogie nicht zu überzeugen. Gewiß ist die mangelnde Perfektion des Geschäftes bei demjenigen Werkvertrage, bei welchem der Unternehmer das Material liefert, der Grund, weshalb die besonderen Regeln der emptio rei futurae auf ihn Anwendung finden, und die Unmöglichkeit sofortiger Erfüllung gilt auch für den reinen Werkvertrag. Aber diese Unmöglichkeit sofortiger Erfüllung ist doch nicht der Grund, weshalb die Regeln des Kaufes auf die oben bezeichnete besondere Art des Werkvertrages übertragen sind, sie begründen nur deren Stellung im Systeme der Kaufverträge. Der Grund, weshalb das römische Recht die Bestimmungen über den Kauf auf sie anwendet, liegt doch offenbar darin, daß der Vertrag auf Uebereignung einer Sache (des Arbeitsproduktes) geht. Es kann also aus der Unmöglichkeit sofortiger Erfüllung beim reinen Werkvertrage nicht die Anwendung der Regeln des Kaufes, nämlich des Kaufes einer zukünftigen Sache, geschlossen werden.

Auf den Angriff Windscheids[12]) hin gab Mommsen[13]) später zu, daß „es sehr zweifelhaft sein könne, ob die Analogie des Kaufkontraktes, in der Weise wie er sie hier angewendet habe, zutreffend sei." Bei seiner weiter unten zu erörternden Quelleninterpretation ist Mommsen dagegen geblieben.

Burchardi[14]) leitet die Regel, daß die Vollendung den

12) Krit., S. 40 ff.
13) l. c., Bd. 3, S. 423.
14) l. c, S. 131 ff.

maßgebenden Zeitpunkt für den Gefahrübergang bilde, ebenfalls aus dem Wesen des Werkvertrages ab: „Solange das opus noch in der Ausführung begriffen ist, ist das Objekt ein unbestimmtes. . . . Sobald das opus fertig geworden, kann nur dies und kein anderes geleistet werden." Die Verbindlichkeit des Unternehmers entspricht daher nach Burchardi einer generischen Obligation, die Vollendung des opus der Ausscheidung, denn nach beiden werden nach ihm — Burchardi ist Anhänger der Ausscheidungstheorie — die bisher unbestimmten Obligationen zu individuellen. „Stehe nun die Vollendung des opus der Ausscheidung aus dem genus juristisch gleich", so müsse sich mit der Vollendung des Werkes ebenso wie mit der Ausscheidung der Gefahrübergang vollziehen.

Von der Untersuchung der Ausscheidungstheorie können wir hier absehen, weil überhaupt die Analogie mit den generischen Obligationen unseres Erachtens verfehlt ist. Daß das Objekt des reinen Werkvertrages bis zur Vollendung ein unbestimmtes sei, bestreiten wir. Wir glauben in § 1 [15]) nachgewiesen zu haben, daß beim reinen Werkvertrage — und nur um den handelt es sich hier, da für den Fall, daß der Unternehmer das Material liefert, die Regeln des Kaufes gelten — das körperliche Substrat des Werkes für den Vertrag stets als eine species anzusehen ist, auch wenn es wirtschaftlich eine Gattungssache vorstellt. Uebrigens wäre auch nicht einzusehen, weshalb die zu bearbeitende Sache, wenn sie vor der Vollendung nicht das bestimmte Objekt der Obligation war, dies ausnahmslos mit der Vollendung werden sollte. Sogar in der weitaus größten Mehrheit der Fälle kann auch noch das vollendete Werk ohne Veränderung des wirtschaftlichen Erfolges durch ein anderes ersetzt werden.

---

15) Oben S. 245.

Wir schreiten nun zur Prüfung der Mommsenschen Quelleninterpretation. Die Anhänger der zweiten Theorie haben sich sämtlich im wesentlichen an sie angeschlossen. Bemerkt sei noch, daß Mommsen Vertreter der reinen Vollendungstheorie ist, d. h. das Prinzip durch keine einzige Ausnahme einschränkt.

In Uebereinstimmung mit den meisten Verfechtern der ersten Grundanschauung erkennt Mommsen[16]) einen Unterschied zwischen vis maior und gewöhnlichem Zufalle bei der Lehre vom Werkvertrage nicht an, er stellt zwar den Unterschied nicht für alle Rechtsgebiete in Abrede, läßt ihn aber nur gelten für das **receptum nautae, cauponis, stabularii.** Daraus entstehen für ihn ähnliche Schwierigkeiten bei der Auslegung der l. 36 cit. wie für die Anhänger der ersten Theorie. Um den oben besprochenen Widerspruch, der sich bei dieser Auffassung vom Zufall zwischen dem ersten Satze und dem Satze „Si tamen . . . .“ in dieser lex ergibt, zu beseitigen, versteht Mommsen „periculum“ im ersten Satze als einen die Begriffe „periculum culpae“ und „periculum casus“ umfassenden Ausdruck und erklärt den Satz „Si tamen . . . .“ restriktiv: der Besteller trage die Gefahr eines zufälligen Schadens, der in der Zeit zwischen Vollendung des Werkes und seiner Approbation entstehe. Mit anderen Worten:

I. Allgemein gilt die Regel: der Gefahrübergang vollzieht sich mit der Approbation.

II. Ausnahmen:

1) Gerät der Besteller in Verzug, so geht die Gefahr damit auf ihn über.

2) Tritt nach der Vollendung des Werkes ein kasueller Schaden ein, so trägt der Besteller die Gefahr.

An sachlichen Gründen zu dieser Auslegung fehlt es.

---

16) l. c., Bd. 1, S. 374, Anm. 10.

Mommsen meint[17]), „der Jurist habe um so eher dazu gelangen können, dieses" — nämlich den Gefahrübergang mit der Vollendung — „nicht ausdrücklich hervorzuheben, als unmittelbar vorher von der durch eine Mora des Lokators gehinderten Approbation, welche notwendig eine Beendigung des opus voraussetze, die Rede gewesen sei; zudem setze auch das „intercidere" des opus ein Vorhandensein desselben voraus, wenn auch nicht notwendig die völlige Beendigung des opus."

Aus dem „intercidere" des opus geht, wie bereits hervorgehoben wurde, die Tatsache der Vollendung nicht hervor. Mommsen sagt selbst, daß das intercidere des opus „nicht notwendig die völlige Beendigung des opus voraussetze", ob es aber eine teilweise Ausführung des opus voraussetzt, ist für die zu beweisende Sache gleichgültig. Die übrige Ausführung Mommsens enthält nichts Bestimmtes, sie gehört ins Reich der Vermutungen.

Bei der Mommsenschen Auffassung der l. 36 cit. ergibt ferner der Schlußsatz „non enim amplius . . ." keinen Sinn. Denn wie kann der Gefahrübergang mit der Vollendung damit begründet (enim!) werden, daß der Unternehmer dem Besteller nicht mehr zu leisten habe, als was dieser durch eigene Sorge und Mühe erreicht haben würde? Könnte denn der Besteller von der Vollendung ab durch eigene „cura atque opera" auf keinen Fall mehr irgendwelchen casus verhindern? Der Satz „non enim amplius . . .", auf den Mommsen kein entscheidendes Gewicht legen will, da er höchst ungenau gefaßt sei, spricht der zweiten Theorie, wie wir glauben, jede Existenzberechtigung ab.

Als Hauptstütze seiner Theorie betrachtet Mommsen die l. 37 cit. Aber wir haben schon oben gezeigt, daß in ihr

17) l. c., Bd. 1, S. 373.

nicht unzweifelhaft der Begriff der Vollendung enthalten ist. Uebrigens hat Oertmann recht mit seiner Behauptung [18]), daß, wenn hier von einem vollendeten Werke geredet werde, damit „in keiner Weise gesagt sei, daß bei einem noch unvollendeten grundsätzlich anders zu entscheiden sei".

Am wenigsten verträgt sich die l. 59 cit. mit der reinen Vollendungstheorie. Stellt sie doch ausdrücklich eine Gefahrtragung des Bestellers bei noch nicht vollendetem Werke fest. Ob „vis naturalis" in der l. 59 als gewöhnlicher oder als außergewöhnlicher Zufall zu verstehen ist, ist bei Besprechung der Mommsenschen Theorie irrelevant. Denn die Regel, daß bei einem Zufalle überhaupt der Besteller schon vor der Vollendung die Gefahr tragen soll, läßt sich mit der Mommsenschen Theorie nicht vereinigen. Das Schlimmste für Mommsen ist, daß die l. 59 von demselben Verfasser herrührt wie die l. 37 cit. und Javolenus, der als Verfasser der l. 37 für die Vollendungstheorie nach Mommsen die größte Autorität darstellt, als Verfasser der l. 59 Mommsens größter Widersacher ist. Mommsen wehrt sich, indem er erklärt [19]), daß anzunehmen sei, „der Bau sei nicht als Ganzes, sondern in der Weise verdungen worden, daß eine teilweise Ablieferung stattfinden sollte und daß im vorliegenden Falle ein Teil, dessen Annahme hätte verlangt werden können, wie z. B. ein Flügel des Gebäudes, beendigt gewesen sei". „Kein Wort hiervon" ist, wie Windscheid [20]) richtig bemerkt, in der l. 59 enthalten. Da aber auch der letzte Ausweg, nämlich die Annahme, daß Sabinus in der l. 59 ein Verschulden des Lokators ins Auge gefaßt habe, infolge der eigenen Worte des Verfassers: „vi naturali veluti terrae motu" versperrt ist, dürfte wenigstens

18) Zufall, S. 84.
19) l. c., Bd. 1, S. 378.
20) Krit., S. 140.

der reinen Vollendungstheorie durch diese lex jeder Halt entzogen sein.

Der Vollständigkeit halber seien noch die l. l. 62 und 33 h. t. in ihrem Verhältnisse zur Vollendungstheorie betrachtet. Da es sich um ein vollendetes Werk handelt, so kommt es den Anhängern der Mommsenschen Theorie darauf an, zu beweisen, daß nach l. 62 der Besteller die Gefahr des Zufalles schlechthin zu tragen habe, oder wenigstens darzutun, daß Paulus nicht den Unternehmer mit der Gefahr belastet. Dasselbe Ziel hat die Beweisführung durch die Vertreter der ersten Theorie, da sie ja vor wie nach der Vollendung den Besteller die Gefahr tragen lassen. Wir können also auf unsere Ausführung bei Gelegenheit der Behandlung der ersten Theorie verweisen[21]). Mommsen setzt bei „vitio“ beidemal ein Verschulden voraus. Nach ihm wird also die Regel des Labeo durch die des Paulus nicht berührt. Ersterer sucht aber Mommsen die Bedeutung zu nehmen, indem er sie dem Ausspruche des Florentinus im ersten Satze der l. 36 cit. derart koordiniert, daß beide Rechtssätze die allgemeine Regel bildeten, welche aber vom Unternehmer im Falle des casus durch den Nachweis der vertragsmäßigen Vollendung des Werkes ihrer Wirkung entkleidet werden könnten. Kann aber, wie wir durch unsere frühere Ausführung nachgewiesen zu haben glauben, der erste Satz der l. 36 cit. nicht in dieser von Mommsen gewollten Weise verwertet werden, so kann es auch nicht der ihm gleichstehende Ausspruch des Labeo.

Noch unbequemer als die l. 62 cit. ist den Anhängern der reinen Vollendungstheorie begreiflicherweise die l. 33 cit. Mommsen nimmt Vollendung des Werkes oder dem Besteller zuzurechnende Fehlerhaftigkeit des Bauplatzes an. Daß an kein

21) Oben S. 257 ff.

Verschulden des Bauherrn gedacht werden kann, dürfte oben nachgewiesen sein; was die andere Voraussetzung Mommsens angeht, so haben wir wieder zu bemerken, daß keine Spur von ihr in der Stelle zu entdecken ist. Mommsen erklärt[22], man könne auf die Bestimmung in der l. 33 cit. „kein Gewicht legen", da sie „nur ganz beiläufig vorkomme und in den Zusammenhang wenig passe". Wir glauben aber im Gegenteil recht viel Gewicht auf diese Stelle legen zu müssen, da uns gerade aus dieser beiläufigen Erwähnung hervorzugehen scheint, daß über die betreffende Regel keine Meinungsverschiedenheiten in der damaligen Zeit geherrscht haben.

Was nun die oben erwähnten Ausnahmen für den Fall der vis maior und des vitium materiae betrifft, welche viele Anhänger der zweiten Theorie von ihrem Prinzipe machen, so ist bei Besprechung der einzelnen leges schon nachzuweisen versucht worden, daß diese Sätze den Quellen entsprechen.

Die Regel Puchtas, daß der Besteller die Gefahr einer von ihm für die Ausführung des Werkes gegebenen Anweisung trage, geht einmal aus der Natur der Sache hervor, dann gelangt sie auch in l. 60 § 3 h. t.[23] zum unzweideutigen Ausdrucke.

§ 4.

β) Geht die Gefahr mit der Approbation des Werkes auf den Besteller über?

Die bereits in § 3 erwähnte dritte Theorie vertritt grundsätzlich die Regel des Labeo (l. 62 cit.), wonach der Unternehmer bis zur Approbation die Gefahr trägt. Ihre Anhänger

22) l. c., Bd. 3, S. 427.

23) „. . . . redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat; . . . quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere."

sind Dernburg[1]), Donellus[2]), Endemann[3]), Förster-Eccius[4]), Goldschmidt[5]), Heise-Cropp[6]), Homann[7]), Karlowa[8]), Krückmann[9]), Puntschart[10]), Ury[11]), Weiske[12]), v. Wyß[13]), Dankwardt[14]), Paszotta[15]) u. a.

Sie wird aber unseres Wissens von niemandem in der Labeonischen Strenge festgehalten. Ihre sämtlichen Vertreter durchlöchern sie mehr oder weniger durch Ausnahmen, und zwar finden wir hier u. a. die Ausnahmen wieder, die schon viele Anhänger der zweiten Theorie an ihren Grundsatz geknüpft haben.

Dankwardt, Dernburg, Homann, Karlowa, Paszotta, Puntschart, Weiske, v. Wyß u. a. lehren, daß die Gefahr der vis maior stets den Besteller treffe.

Dasselbe nehmen Dernburg, Homann, Karlowa, Puntschart u. a. für den casus, welcher durch ein vitium materiae verursacht worden ist, an.

Nach Goldschmidt trägt der Besteller auch die Gefahr eines Schadens, der infolge einer von ihm gegebenen Anweisung entstanden ist.

1) Pand., 6. Aufl., Bd. 2, § 113.
2) Commentarii iuris civilis, lib. 13, cap. 9, pag. 642.
3) Handbuch des Handelsrechts, Bd. 3, S. 125/7; Handelsrecht, § 151.
4) Preußisches Privatrecht, Bd. 2, § 138, N. 77.
5) l. c., S. 362.
6) Juristische Abhandlungen, Hamburg 1830, Bd. 2, S. 634.
7) l. c.
8) Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 699.
9) Die Reform des Kaufrechts, S. 47, Anm. 95, 105.
10) l. c., S. 432 ff.
11) Gefahrtragung bei der locatio conductio operis nach gemeinem Recht, Erlanger Diss., 1897, S. 19 ff.
12) Rechtslexikon, Bd. 7, S. 820.
13) Haftung für fremde Culpa, Zürich 1867, S. 97.
14) l. c., S. 337 ff.
15) l. c.

Weitere Ausnahmen führt Dernburg ein: dem Besteller fallen auch solche Zufälle zur Last, welche seine Person betreffen[16]) oder sich ereignen, während das Werk sich in seiner Detention befindet.

Wir haben bei Gelegenheit der von uns versuchten Widerlegung der ersten und der zweiten Theorie bereits so viele positive Ergebnisse gewonnen, daß wir uns in der Hauptsache auf eine Zusammenfassung derselben beschränken können.

I. Unser Grundsatz, wonach der Unternehmer bis zur Approbation die Gefahr trägt, ging aus den l. l. 36 und 62 cit. hervor.

II. Wir fanden folgende Ausnahmen von dem Prinzipe:

1) Daß der Besteller mit der Gefahr der höheren Gewalt belastet ist, entnahmen wir den l. l. 36, 37, 59 cit.

2) Die Ausnahme, wonach der Besteller für den Zufall einzustehen hat, den das von ihm gelieferte Material verursacht, folgerten wir aus den l. l. 33 und 62 cit.

3) Ferner verteidigten wir die Regel Puchtas und Goldschmidts, daß der Besteller die Gefahr der von ihm für die Herstellung des opus gegebenen Anweisungen zu tragen hat, im Hinblick auf die Natur der Sache und l. 60 § 3 h. t.

4) Schließlich geht nach l. 36 cit. die Gefahr vor der Approbation auf den Lokator über, „si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur". Wir begreifen hierunter jede Art des Gläubigerverzuges, namentlich auch die Unterlassung von „Hülfshandlungen"[17]), denn wenn der Besteller in irgend einer Weise die zur Ausführung des Vertrages

16) Dies lehrt auch Endemann a. a. O.

17) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts — im folgenden zitiert: Crome, B. R. —, Bd. 2, S. 146.

sind Dernburg[1]), Donellus[2]), Endemann[3]), Förster-Eccius[4]), Goldschmidt[5]), Heise-Cropp[6]), Homann[7]), Karlowa[8]), Krückmann[9]), Puntschart[10]), Ury[11]), Weiske[12]), v. Wyß[13]), Dankwardt[14]), Paszotta[15]) u. a.

Sie wird aber unseres Wissens von niemandem in der Labeonischen Strenge festgehalten. Ihre sämtlichen Vertreter durchlöchern sie mehr oder weniger durch Ausnahmen, und zwar finden wir hier u. a. die Ausnahmen wieder, die schon viele Anhänger der zweiten Theorie an ihren Grundsatz geknüpft haben.

Dankwardt, Dernburg, Homann, Karlowa, Paszotta, Puntschart, Weiske, v. Wyß u. a. lehren, daß die Gefahr der vis maior stets den Besteller treffe.

Dasselbe nehmen Dernburg, Homann, Karlowa, Puntschart u. a. für den casus, welcher durch ein vitium materiae verursacht worden ist, an.

Nach Goldschmidt trägt der Besteller auch die Gefahr eines Schadens, der infolge einer von ihm gegebenen Anweisung entstanden ist.

---

1) Pand., 6. Aufl., Bd. 2, § 113.

2) Commentarii iuris civilis, lib. 13, cap. 9, pag. 642.

3) Handbuch des Handelsrechts, Bd. 3, S. 125/7; Handelsrecht, § 151.

4) Preußisches Privatrecht, Bd. 2, § 138, N. 77.

5) l. c., S. 362.

6) Juristische Abhandlungen, Hamburg 1830, Bd. 2, S. 634.

7) l. c.

8) Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 699.

9) Die Reform des Kaufrechts, S. 47, Anm. 95, 105.

10) l. c., S. 432 ff.

11) Gefahrtragung bei der locatio conductio operis nach gemeinem Recht, Erlanger Diss., 1897, S. 19 ff.

12) Rechtslexikon, Bd. 7, S. 820.

13) Haftung für fremde Culpa, Zürich 1867, S. 97.

14) l. c., S. 337 ff.

15) l. c.

Weitere Ausnahmen führt Dernburg ein: dem Besteller fallen auch solche Zufälle zur Last, welche seine Person betreffen[16]) oder sich ereignen, während das Werk sich in seiner Detention befindet.

Wir haben bei Gelegenheit der von uns versuchten Widerlegung der ersten und der zweiten Theorie bereits so viele positive Ergebnisse gewonnen, daß wir uns in der Hauptsache auf eine Zusammenfassung derselben beschränken können.

I. Unser Grundsatz, wonach der Unternehmer bis zur Approbation die Gefahr trägt, ging aus den l. l. 36 und 62 cit. hervor.

II. Wir fanden folgende Ausnahmen von dem Prinzipe:

1) Daß der Besteller mit der Gefahr der höheren Gewalt belastet ist, entnahmen wir den l. l. 36, 37, 59 cit.

2) Die Ausnahme, wonach der Besteller für den Zufall einzustehen hat, den das von ihm gelieferte Material verursacht, folgerten wir aus den l. l. 33 und 62 cit.

3) Ferner verteidigten wir die Regel Puchtas und Goldschmidts, daß der Besteller die Gefahr der von ihm für die Herstellung des opus gegebenen Anweisungen zu tragen hat, im Hinblick auf die Natur der Sache und l. 60 § 3 h. t.

4) Schließlich geht nach l. 36 cit. die Gefahr vor der Approbation auf den Lokator über, „si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur“. Wir begreifen hierunter jede Art des Gläubigerverzuges, namentlich auch die Unterlassung von „Hülfshandlungen“[17]), denn wenn der Besteller in irgend einer Weise die zur Ausführung des Vertrages

16) Dies lehrt auch Endemann a. a. O.

17) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts — im folgenden zitiert: Crome, B. R. —, Bd. 2, S. 146.

seinerseits erforderliche Mitwirkung versagt, „stat per eum, quominus opus approbetur vel admetiatur“ [18]).

Die Ansicht Dernburgs werden wir bei Besprechung der Oertmannschen Theorie, mit der sie eine gewisse Verwandtschaft zeigt, untersuchen.

Worin die „Gefahr“ beim Werkvertrage besteht, haben wir schon in § 1 festgestellt. Jedoch bedürfen einige Fragen noch der Erörterung.

Daß der Unternehmer, soweit ihm nach den Quellen die Gefahr auferlegt ist, bei Unausführbarkeit, Vernichtung oder Verschlechterung seinen ganzen Lohnanspruch verliert, ist selbstverständlich; denn müßte der Besteller auch nur einen Teil des Lohnes zahlen, so wäre in Wirklichkeit er derjenige, welcher die Gefahr zu tragen hätte.

Eine Frage nach dem Maße der Lohnzahlung kann aber beim qualifizierten Zufalle [19]) entstehen. Daß der Lokator hier nicht den ganzen Lohn, sondern nur eine Quote desselben zu entrichten habe, widerstreitet nicht dem Prinzipe seiner Gefahrtragung. Wie stellen sich die Quellen zu der Frage? Die l. l. 36, 37, 59, 62 cit. sprechen ganz allgemein von der Gefahrtragung des Bestellers. In der l. 33 cit. glauben dagegen manche Schriftsteller — z. B. Dankwardt, l. c., S. 354, Anm. 1, — das Prinzip teilweiser Vergütung ausgesprochen zu sehen. Sie entnehmen dies den Worten „Similiter . . . . non fuerim“. Die Bestimmungen dieses Satzes bezüglich einer teilweisen Leistung der merces beziehen sich aber, wie sich aus

18) Es ist dabei zu bedenken, daß die Approbation ein zweiseitiger Akt ist und daher kein Grund vorliegt, die Wendung „si . . . . approbetur vel admetiatur“ lediglich auf den Verzug des Bestellers mit der seinerseits vorzunehmenden Approbationshandlung zu beziehen.

19) Als „qualifizierten“ Zufall bezeichnen wir mit Puntschart, l. c., S. 434, jede der besonderen Arten des Zufalles, deren Gefahr der Besteller trägt.

dem Gedankengange ergibt, nicht auf die locatio conductio operis. Africanus stellt die Regel auf, daß der Verpächter bei Verstaatlichung des verpachteten Grundstückes auf Rückzahlung der Pachtsumme verklagt werden könne. Zum Vergleiche zieht er Werkvertrag und Kauf heran. Danach stellt er fest, daß nur ein Teil der merces nach Verhältnis der Nutzung zu restituieren sei. Diese letztere Regel muß sich entweder nur auf die Hauptsache der Erörterung beziehen, und das ist der Pachtvertrag, oder auf die Hauptsache und alle Vergleichsfälle, um diese sämtlich gleichmäßig zu normieren. Daß Africanus ihn auf die Hauptsache und einen der verwandten Fälle bezogen habe, entbehrt eines vernünftigen Sinnes; denn welchen Zweck sollte er damit verfolgt haben? Nun kann der Satz sich aber auf einen Vergleichsfall, nämlich den Kauf, nicht beziehen, da hier von einem teilweisen „frui" nicht die Rede sein kann. Daraus folgt, daß er auch nicht auf den anderen, sondern nur auf die Hauptsache, den Fall der Pacht, zu bezieben ist.

Danach spricht auch die l. 33 nicht von einer teilweisen Lohnzahlung an den Unternehmer, und wie bei den l. l. 36 und 37 cit. ist auch hier nicht gesagt, daß das Werk schon begonnen oder gar vollendet war. Von den übrigen beiden leges behandelt die eine (l. 59 cit.) den Fall des begonnenen, die andere den des vollendeten Werkes, und überall wird gleichmäßig ohne jegliche Einschränkung dem Besteller die Gefahr auferlegt. Da also die römischen Juristen dem periculum des Bestellers beim qualifizierten casus nirgends seine volle Geltung genommen haben, so steht auch uns kein Recht zu, den Gefahrbegriff hier restriktiv zu interpretieren.

Daß es natürlich nicht im Sinne dieser Vorschriften liegen kann, dem Unternehmer die Gelegenheit zu geben, aus dem Zufalle auf Kosten des Bestellers Gewinn zu schlagen, und

daß der Konduktor selbstverständlich das, was er an Kosten infolge des casus erspart hat und durch anderweitige Verwendung seiner Leistungsfähigkeit erwirbt, sich von dem Lohne abrechnen lassen muß, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Oertmann[20]) will die uneingeschränkte Gefahrtragung des Bestellers beim qualifizierten Zufall aus dem Worte „nihilominus“ in der l. 33 folgern. „Wenn das in Verding gegebene Werk wegen Zusammensturzes des Bodens, auf dem es zu errichten ist, unmöglich wird, so haftet der Besteller nichtsdestoweniger; d. h. also, er muß dasselbe leisten, was er bei glücklicher Vollendung des opus zu leisten haben würde, also die vereinbarte merces.“ Oertmann legt unseres Erachtens in das Wort „nihilominus“ mehr hinein, als tatsächlich in ihm enthalten ist. Wenn ich nichts bekomme, aber doch zahlen muß — mag ich nun den ganzen Lohn oder nur einen Teil zu leisten verpflichtet sein — so liegt darin ein Gegensatz, der das „nihilominus“ hinreichend erklärt.

Unsere Untersuchung hat uns gezeigt, daß die Quellen ein vollkommenes Resultat bezüglich der Lohnfrage beim Eintritte eines casus ergeben. Nun haben wir aber schon oben — in § 1 — angedeutet, daß man unter Gefahrfrage in einem anderen Sinne die Frage versteht, ob der Unternehmer verpflichtet und berechtigt ist, das vom Zufalle betroffene Werk wiederherzustellen, vorausgesetzt natürlich, daß der Zufall eine Wiederherstellung nicht unmöglich gemacht hat. Wir möchten eine grundsätzlich bejahende Antwort aus dem Wesen des Werkvertrages und den allgemeinen Grundsätzen folgern. Der Unternehmer hat ein Arbeitsresultat versprochen; von dieser Verpflichtung wird er nur befreit durch Erfüllung oder Unmöglichkeit.

20) Zufall, S. 26.

Ist der Unternehmer zur Wiederherstellung verpflichtet, so ist er billigerweise auch dazu berechtigt, d. h. er hat das Recht, von dem Besteller gegen Wiederherstellung des opus die Entrichtung der merces zu verlangen. Uebrigens geht auch dies aus dem Wesen des Werkvertrages hervor. Denn der Besteller hat die Vergütung für ein Arbeitsprodukt versprochen; ob sich der Herstellung desselben anfangs Schwierigkeiten in den Weg stellen, ob es erst mißlingt, dann erst gerät, danach hat der Besteller nichts zu fragen, wenn ihm nur schließlich auf irgend eine Weise das Werk vertragsmäßig (d. h. auch in der vorgeschriebenen Zeit) geliefert wird.

Anders verhält es sich im Falle des qualifizierten Zufalles. Geht das Werk durch einen solchen unter, so hat in jedem Falle der Besteller den Lohn zu zahlen, sei es, daß eine Wiederherstellung möglich, oder sei es, daß sie ausgeschlossen ist. Dies folgt daraus, daß die in Betracht kommenden l. l. 36, 37, 59, 62 cit. von einer Unmöglichkeit nicht handeln — denn daß das körperliche Substrat untergegangen sei, ist nirgends gesagt [21]) — und doch dem Besteller die Gefahr aufbürden. Nun aber hat sich der Besteller nach dem Vertrage nur zu einer einmaligen Lohnzahlung verpflichtet; hat er den Lohn (ohne einen Erfolg zu haben) bezahlen müssen, so ist er damit seiner Vertragspflicht ledig, und der Unternehmer kann nicht gegen eine Neuausfühführung des Werkes eine abermalige Vergütung von ihm verlangen.

Ebensowenig wie ein Herstellungsrecht hat der Unternehmer beim qualifizierten Zufall eine Wiederherstellungspflicht.

21) Im Falle der l. 33 cit. liegt dagegen eine Unmöglichkeit vor. Dies folgt wohl nicht mit Notwendigkeit aus dem Begriffe des „corruere soli“, wohl aber aus dem Vergleiche mit dem ersten Satze. Hier handelt es sich um eine echte Unmöglichkeit, und ein Vergleich wäre sinnlos, wenn nicht auch im zweiten Satze eine solche anzunehmen wäre.

Denn kann er nicht eine abermalige Vergütung für eine Wiederherstellung vom Besteller verlangen, so wäre tatsächlich er derjenige, welcher den Schaden zu tragen hätte, da ihm der Zufall statt einmaliger Leistung und einmaliger Kosten unter Umständen doppelte Arbeit und doppelte Kosten gegen eine und dieselbe Vergütung eintrüge. Dies steht mit den Quellen im Widerspruch, die den Unternehmer ganz allgemein von der Gefahr des qualifizierten Zufalles befreien.

Während wir nun glauben, in den Quellen einen zuverlässigen Beweis dafür gefunden zu haben, daß beim qualifizierten Zufalle der Unternehmer nicht zur Wiederherstellung verpflichtet ist, behaupten wir nicht, daß beim gewöhnlichen casus eine Wiederherstellungspflicht des Konduktors durch die Quellen begründet ist. Die von Bolze, der im Prinzip unserer Ansicht ist, angezogenen Stellen scheinen uns nicht beweiskräftig zu sein. Die von ihm angeführte l. 58 § 1 D. loc. spricht von unserer Frage überhaupt nicht; was die l. 15 D. de V. O. 45, 1, die auch von Cuiacius (opera, I, S. 1171, ad. tit. 45, 1) und Glück (l. c., S. 441) zum Beweise einer Wiederherstellungspflicht benutzt wird, anbetrifft, so hat Oertmann[22]) zutreffend nachgewiesen, daß es sich dort um eine Stipulation handelt, deren Regeln natürlich für einen Konsensualkontrakt nicht maßgebend sind. Das Gleiche gilt von der l. 83 § 5 D. de V. O. 45, 1. Auch die Behauptung von Bolze und Glück, daß dem Unternehmer nochmals eine gleichlange Frist zur Wiederherstellung des Werkes gelassen werden müsse, ist hinfällig, da sie sich ebenfalls auf die hier unbrauchbare l. 15 D. de V. O. 45, 1 stützt.

Nun glaubt aber andererseits Goldschmidt[23]) aus den Quellen nachweisen zu können, daß „eine so exorbitante Haf-

---

22) Zufall, S. 43.

23) l. c., S. 363 f.

tungspflicht", wie er die Wiederherstellungspflicht nennt, von den römischen Juristen ausdrücklich abgelehnt worden sei. Namentlich soll dies aus dem Satze „Si tamen . . . ." der l. 36 cit. hervorgehen. Hier könne „locatoris periculo est" nur heißen, daß der „Lokator keinen Anspruch auf die Leistung" — scil. die wiederholte Leistung — habe. Es muß hinzugefügt werden, daß Goldschmidt unter „vis maior" einen gewöhnlichen Zufall versteht. An der unrichtigen Auffassung dieses Begriffes durch Goldschmidt scheitert seine Beweisführung für unsere Frage. Die anderen von ihm zitierten Stellen — l. 10 § 1 D. de leg. Rhod. 14, 2; l. 11 § 3 D. loc. 19, 2 — handeln von anderen Dingen[24]).

Unser Resultat ist folgendes: Grundsätzlich ist der Unternehmer berechtigt und verpflichtet zur Wiederherstellung. Beim qualifizierten Zufalle besteht weder ein Recht noch eine Pflicht zu neuer Arbeit.

Daß in concreto diese Grundsätze zu großen Härten führen können, ist gar nicht zu leugnen. Die bona fides wird das starre Prinzip mildern, aber Zweifel, was im einzelnen Falle die Billigkeit erfordere, werden recht häufig entstehen. Indes ist eine durchgreifende gesetzliche Regelung der Frage bei der großen Verschiedenheit der Einzelfälle eine absolute Unmöglichkeit[25]).

§ 5.

3. Vermittelnde Anschauungen.

Wer bei Unausführbarkeit, Vernichtung oder Verschlechterung des Werkes dem Unternehmer einen verhältnismäßigen Teil des Lohnes gewährt, bekennt sich grundsätzlich zu der

24) Vergl. Bolze, l. c., S. 106; Ury, l. c., S. 87.

25) Vergl. Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 498.

Regel: locatoris est periculum [1]). Wir bezeichnen solche Juristen daher nicht wie Oertmann [2]) als Vertreter vermittelnder Anschauungen, vielmehr haben wir ihre Ansichten der ersten Grundanschauung untergeordnet. Grundsätzlich vermittelnde Anschauungen haben dagegen diejenigen, welche, wie Oertmann [3]) sich ausdrückt, eine „qualitative Gefahrteilung" vornehmen, d. h. die möglichen Zufälle in zwei Gruppen derart zerlegen, daß, je nachdem sie den „Betriebskreis" [4]), die „Sphäre" [4]) des einen oder des anderen von ihnen betreffen, sie dem einen oder dem anderen zur Last fallen. Als Vertreter einer „qualitativen Gefahrteilung" bezeichnet Oertmann: Donellus, Glück, v. Wening-Ingenheim, v. Vangerow, Jacubezky, Bolze, Endemann, Karlowa, Gerth, Strohal und für immaterielle opera Dankwardt. Von ihnen scheinen uns jedoch nur die wenigsten eine grundsätzliche Gefahrteilung im Sinne zu haben [5]); unzweifelhaft tritt unter ihnen eine solche Anschauung nur hervor bei Strohal und Oertmann [6]).

Wir sagten, Oertmann nehme eine grundsätzliche Gefahrteilung zwischen Unternehmer und Besteller vor, aber auch Oertmann kann nicht umhin, eine „dritte neutrale Sphäre" anzunehmen, da unmöglich alle Zufälle sich glatt den beiden Betriebskreisen zuteilen lassen. Zu dieser neutralen Sphäre gehören nach ihm „äußere Zufälle", namentlich die Fälle der vis maior. Sie soll der Lokator tragen.

Als Hauptbelegstelle nimmt Oertmann die l. 36 cit.

---

1) So auch Wuppermann, l. c., S. 42, 51.

2) Zufall, S. 9 f.

3) Zufall, S. 11.

4) Oertmann, Zufall, S. 11.

5) Siehe ihre Meinungen bei Oertmann, Zufall, S. 11 ff.

6) Von neuesten Bearbeitungen unserer Frage steht die bereits erwähnte von Wuppermann auf dem Boden des Sphärenprinzipes.

für seine Theorie in Anspruch. Er leitet aus ihr folgende Sätze ab[7]: „Alle Unfälle sollen den Besteller treffen, die sich
a) entweder bei ihm ereignen,
b) oder sich bei ihm ereignet haben würden;
aus dem Gesichtspunkte a haftet er nach der approbatio, aus dem b schon vorher bei vis maior. Dagegen die anderen Unfälle, denen das Werk nur gerade beim Werkmeister ausgesetzt war, treffen diesen auch ohne Rücksicht auf sein Verschulden."

In diesem „bei ihm" zu a und b spiegelt sich die Unklarheit der ganzen Sphärentheorie. Was soll man sich unter diesem Ausdrucke vorstellen? Er ist noch viel verschwommener als die Begriffe „Betriebskreis" und „Sphäre".

Von einem „Betriebskreise" oder einer „Sphäre" findet sich übrigens in der l. 36 nicht die leiseste Andeutung, auch nicht in dem Schlußsatze „non enim amplius ....", der doch den Schlüssel zu dem Oertmannschen Resultate liefern soll. Dieser redet nur von unwiderstehlichen Zufällen und will von ihnen den Unternehmer befreien.

Wie nimmt sich aber der Schlußsatz „non enim amplius ...." der l. 36 in der Oertmannschen Auffassung im Rahmen der übrigen Bestimmungen aus? Es bestehen danach drei Sphären, eine des Unternehmers, eine des Bestellers, eine neutrale. Der Besteller soll auch die Zufälle, welche zur neutralen Sphäre gehören, tragen, er ist also mit den Zufällen zweier Sphären, der Unternehmer dagegen nur mit denen einer Sphäre belastet. Trotzdem läßt Florentin im ersten Satze — dieser Ansicht ist auch Oertmann — prinzipiell den Unternehmer die Gefahr tragen. Ist das nicht geradezu ein Hohn auf den Besteller? Hören wir, wie Oertmann diesen Ausspruch des Florentin uns begreiflich zu

7) Zufall, S. 82.

machen sucht! Dieser „halb richtige“ Grundsatz erkläre sich aus der historischen Entwickelung. Florentin habe das „alte Dogma“ noch nicht über Bord geworfen, da er ebenso wie Paulus und Sabinus zu einem „ganz klaren und neuen Prinzipe noch nicht gekommen“ sei; deshalb habe er „mit dem alten Dogma angehoben, um es freilich sofort mit Ausnahmen zu durchsetzen“. Das sind also „Ausnahmen“ vom Prinzipe „periculum est conductoris“, wenn Florentin eine grundsätzliche Einteilung der Zufälle nach Sphären vornimmt und von drei Sphären zwei dem Besteller zuteilt! Oertmann behauptet, daß die l. 36 die Sphärentheorie enthält, Florentin sei aber „zu einem ganz klaren und neuen Prinzipe noch nicht gekommen“; er hat also selbst nicht gewußt, welche bedeutsame Regel er in der l. 36 niedergelegt hat!

Aber vielleicht will Florentin aus Scheu vor dem Althergebrachten nicht mit dem alten Grundsatze formell brechen. Da geht doch Paulus in der l. 62 cit. ganz anders zu Werke: „immo“ = nein, im Gegenteil!, und Florentin, der doch ein ungefährer Zeitgenosse des Paulus war, sollte sanfter mit einem alten, unbrauchbaren Satze verfahren sein?

Auch Oertmann hält seine Erklärung dieser Stelle für nicht unbedingt „notwendig“, „unumgänglich“ aber sei sie, wenn man nicht einen „unausgleichlichen Gegensatz“ zwischen ihr einerseits und der l. 10 D. de leg. Rhod. 14, 2 und der l. 33 cit. andererseits annehmen wolle. Wir werden unten bei Behandlung der immateriellen opera nachzuweisen suchen, daß die l. 10 D. de leg. Rhod. 14, 2 sich mit unserer Auffassung der l. 36 cit. sehr gut verträgt. Zwischen den l. l. 36 und 33 cit. finden sich aber keine Gegensätze, wenn man sie so versteht, wie wir oben dargelegt haben. In der l. 36 wird für die höhere Gewalt, in der l. 33 für das vitium soli eine Ausnahme von dem Grundsatze „periculum est

conductoris" gemacht. Wo bleibt da der unausgleichliche Gegensatz?

Es nötigt uns nichts zu der Annahme, daß Africanus in der l. 33 die Sphäreneinteilung schon gewollt habe. Denn daß durch Africanus so entschieden worden sei, „weil das Unglück im Einsturze des von ihm gestellten Bodens seinen Grund habe" [8], weil es also die Sphäre des Bestellers betreffe, geht weder aus l. 33 deutlich hervor, noch wird ein solcher Grundsatz in einer anderen der in Betracht kommenden Stellen unzweideutig ausgesprochen, während unsere Annahme eines vitium soli durch die l. 62 cit. wirksam unterstützt wird.

Weshalb sollte übrigens Paulus in der l. 62 von einem Fehler des Bodens gesprochen haben, wenn es gar nicht auf einen solchen ankommt, sondern nur darauf, daß der Unfall den Boden des Bestellers und damit dessen Sphäre betrifft, einerlei welcher Umstand (vielleicht dritte Personen) den Zufall herbeigeführt hat? Die l. 62 ist ein gewichtiges Argument gegen die Oertmannsche Theorie: nicht weil der Zufall den Stoff des Bestellers, also dessen Sphäre, trifft, sondern weil der Stoff des Bestellers und damit der Besteller selbst den Schaden (wenn auch schuldlos) veranlaßt hat, soll er den Schaden tragen.

Oertmann sucht die l. 62 dadurch unschädlich zu machen, daß er in einem durch ein vitium soli und überhaupt durch ein vitium materiae verursachten Zufalle die Wirkung einer vis maior vermutet. Gründe hierfür führt er nicht an; wir glauben, daß sich auch kaum solche finden lassen.

Wäre es überhaupt zu wünschen, daß die Anschauungen von Oertmann und Strohal die Bedeutung von Rechtssätzen hätten? Wir möchten es sehr bezweifeln. „An sich sehr

---

8) Oertmann, Zufall, S. 28.

schön, tatsächlich nicht durchführbar", so charakterisiert Crome[9]) kurz und treffend die Sphärentheorie. Crome hat mit Recht darauf hingewiesen und es auch an Beispielen veranschaulicht, daß es Fälle gibt, in denen man unmöglich sagen kann, wessen Sphäre der Zufall angehört. Gleichwohl halten wir es für zweifellos, daß die Bestimmungen des Corpus iuris über das „vitium materiae" aus ähnlichen Motiven hervorgegangen sind wie die Oertmannsche Sphärentheorie. Aber die Römer haben sich gehütet, das Prinzip schrankenlos zu erweitern. Da, wo sie es in eine klare, scharfe Form bringen konnten, haben die jüngeren römischen Juristen ihm Rechnung getragen, darüber hinaus aber beließen sie es bei dem Labeonischen Grundsatze.

Auf dem von der jüngeren Richtung der römischen Jurisprudenz eingeschlagenen Wege ist Dernburg in der oben angegebenen Weise fortgeschritten. Er hat für das Prinzip neue und brauchbare Formen geprägt. Wann ein Zufall unmittelbar die Person eines der Kontrahenten betroffen hat, läßt sich wohl leicht ermitteln, ebenso in wessen Gewahrsam die Sache zur Zeit des casus sich befand; und der Billigkeit scheinen uns diese Regeln sehr zu entsprechen. Daß sie mit dem Begriffe des Werkvertrages eigentlich nicht in Einklang stehen, der nur für den wirklichen Erfolg die Vergütung bewilligt, kann dabei nicht ins Gewicht fallen, denn das Recht „existiert" ja, wie Crome[10]) so zutreffend sagt, „nicht um allgemeiner Grundsätze willen", und es gibt Fälle, in denen das Recht, um seines Namens nicht unwert zu sein, die strengen Regeln der Logik durchbrechen muß.

Ergeben sich aber die Dernburgschen Regeln auch aus den Quellen? Leider nein! Dernburg will sie aus der Natur der Sache folgern. Auch das scheint uns nicht berechtigt zu sein. Denn wenn auch ihre Geltung im höchsten

9) P. R., S. 319.
10) P. R., S. 318.

Grade wünschenswert wäre, mit Notwendigkeit gehen sie aus der Natur der Sache nicht hervor. So können denn auch die Dernburgschen Sätze nicht als Bestandteile des römischen Rechts angesehen werden.

§ 6.

b) Bei immateriellen Werken[1].

Die zwei entgegengesetzten Grundanschauungen „periculum est locatoris" und „periculum est conductoris" und die Sphärentheorie begegnen uns naturgemäß auch beim Werkvertrage über immaterielle opera. Die Kontroverse innerhalb der zweiten Grundanschauung, ob mit der Vollendung oder erst der Approbation der Gefahrübergang sich vollzieht, findet jedoch hier keinen Boden; denn das Werk verkörpert sich nicht in einer Sache[2], ein Zufall nach der Vollendung ist daher unmöglich.

Die beiden in Betracht kommenden Stellen betreffen den Transportvertrag: l. 10 pr. D. de leg. Rhod. 14, 2: „Labeo libro primo Pithanon a Paulo epitomatorum: Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur; quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse manicipium."

l. 15 § 6 D. loc. 19, 2: Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere

---

1) Wir behandeln die einzelnen Theorien hier nicht gesondert, da es sich nur um zwei Stellen handelt und die leitenden Grundsätze für die Gefahrtragung bereits ermittelt sind.

2) Siehe unsere Definition der immateriellen Werke in § 1.

vehendi functus non sit; quod in omnibus personis similiter observandum est.“

Bei dem Ausspruche des Labeo in der ersten Stelle eine culpa des Schiffers vorauszusetzen, wie es die Anhänger der ersten Theorie bei Auslegung der das materielle opus betreffenden Stellen so oft in Vorschlag gebracht haben, ist wie bei der l. 62 cit. unmöglich. Denn daß Paulus den Grundsatz der Haftung für Verschulden habe ändern (immo!) wollen, daran kann doch wohl niemaud denken. Welche Bedeutung hat aber hier die Modifikation des Paulus? Paulus verweist auf den Inhalt des Vertrages, läßt im Zweifel aber den Befrachter die Gefahr tragen, wenn der Schiffer nachweisen kann, daß der nachher verstorbene Sklave an Bord gebracht worden sei. Die Regel des Paulus hat die mannigfachsten Auslegungen erfahren.

Mommsen[3]) spricht dem Satze „quodsi . . .“ die Bedeutung als Rechtsregel ab; Paulus erwähne hier eine Verkehrssitte, ein „Herkommen“, wonach die merces „für die Aufnahme in das Schiff zu zahlen sei“, und stelle fest, daß dessen Inhalt im Zweifel als von den Parteien gewollt anzusehen sei[4]). Hiergegen erheben Bolze und Oertmann[5]) Einspruch. Jedenfalls steht fest, daß man eine solche Stelle nicht ohne gewichtige Gründe ihres allgemeinen gesetzlichen Charakters entkleiden darf.

Am entschiedensten möchten wir uns aber gegen die Lehre derjenigen aussprechen, welche, wie Bolze und Schmauser[6]), den Untergang des Frachtgutes als einen Zufall, welcher die

---

3) l. c., Bd. 1, S. 382.

4) Ebenso Heise-Cropp, l. c., Bd. 2, S. 635 Anm. 47; ähnlich Paszotta, l. c., S. 45; auch die Ansicht Puntscharts, l. c., S. 461, entfernt sich nicht weit von der Mommsenschen.

5) Bolze, l. c., S. 88; Oertmann, Zufall, S. 20.

6) Bolze, l. c., S. 89; Schmauser, l. c., S. 8.

zu bearbeitende Sache trifft, betrachten und womöglich noch, wie eben Bolze, aus dieser Anschauung heraus die l. 10 zur Begründung einer entsprechenden Regel für den Werkvertrag im allgemeinen benutzen wollen. Die Bolzesche Meinung beruht auf der schon oben bekämpften, von Dankwardt ins Leben gerufenen Lehre, daß im Transporte ein materielles opus zu erblicken sei.

Uns scheint folgende Auslegung der l. 10 die richtige zu sein. Ist der Lohn nur „pro his, qui deportati sunt", bedungen, so hat damit der Schiffer „das Risiko in einem weiteren Umfange"[7]) als gewöhnlich auf sich genommen. Er steht unbedingt für den Erfolg ein, selbst höhere Gewalt befreit ihn nicht von der Gefahr[8]). Enthält der Vertrag nicht diese absolute Gefahrübernahme, so soll der Lohnanspruch des Schiffers als begründet gelten, wenn er nachzuweisen vermag, daß der verstorbene Sklave an Bord genommen wurde. Weshalb soll er gerade dies nachweisen? Soll er prinzipiell keinen Lohn haben, wenn ein Sklave, dessen Beförderung er versprochen hat, bevor derselbe ins Schiff gebracht wird, verstirbt? Zu dieser Annahme liegt kein Grund vor; welcher Rechtsgedanke sollte auch in einer solchen Bestimmung enthalten sein? Die Entscheidung des Paulus erklärt sich einfach daraus, daß vor Antritt der Reise der Vertrag noch ganz unbestimmt war. Der Befrachter hatte etwa ausgemacht, daß zehn Sklaven befördert werden sollten, daß sich gerade der später verstorbene Titius darunter befinden solle, ist nicht verabredet. Auf ihn bezieht sich der Vertrag also erst, nachdem er „impositus est". Beweist nun der Schiffer, daß der auf der Reise verstorbene Sklave auf das Schiff gebracht worden ist, so beweist er damit, daß der Frachtvertrag sich auf diesen Sklaven bezogen hat.

Steht aber die Regel des Paulus im Einklange mit den

7) Bolze, l. c., S. 88.

8) Vergl. Puntschart, l. c., S. 460, 453.

allgemein für den Werkvertrag geltenden Bestimmungen? Der Schlußsatz „non enim amplius . . .“ in der l. 36 cit. gibt uns wieder Aufklärung. Der Unternehmer soll solche Zufälle nicht vertreten, die auch der Besteller nicht hätte abwenden können. Gegen den Tod vermag aber auch der Besteller nichts. Es handelt sich also um höhere Gewalt.

Die Vertreter der ersten Theorie sehen natürlich den Tod des Sklaven als einen gewöhnlichen casus an und betrachten die l. 10 als Hauptstütze ihrer Lehre. Nachdem aber die Bedeutung der l. 36 festgestellt ist, verliert ihre Ansicht die Berechtigung.

Damit ist aber unseres Erachtens auch die Unrichtigkeit der Oertmannschen Erklärung der Stelle dargetan. Nicht, weil „die Entgegennahme der Dienste hier untunlich geworden ist“[9]), also der Zufall die Sphäre des Bestellers trifft, behält der Schiffer seinen Lohnanspruch, sondern eben nur nach dem allgemeinen Grundsatze, daß er von der Gefahr der höheren Gewalt befreit ist. Diese Regel ist allerdings nur beim materiellen opus unzweideutig ausgesprochen, es ist aber nicht einzusehen, weshalb bei immateriellen opera davon abgegangen werden sollte. Höhere Gewalt kann hier wie dort der Erfüllung im Wege stehen. Allerdings fehlt es beim immateriellen Werke an einer zu bearbeitenden Sache, es kann aber wohl die Ausführbarkeit desselben an die Existenz einer Sache oder einer Person geknüpft sein. Beispiele dafür bieten auch andere Fälle als der Transportvertrag, es soll z. B. ein Zahnarzt seinem Patienten einen kranken Zahn entfernen, oder ein Lehrer hat es übernommen, einem Tertianer die kleinen Verba auf -μι beizubringen.

Wichtig ist die l. 10 für die Entscheidung der Frage nach dem Maße der Lohnzahlung beim qualifizierten Zufalle. Ist

---

9) Oertmann, Zufall, S. 49.

der Sklave an Bord gebracht worden, so soll die vectura bezahlt werden; ob die Fahrt schon begonnen hatte oder nicht, als der Sklave verstarb, ist nicht festgestellt. Resultat ist also wieder: der Besteller hat beim qualifizierten Zufalle stets den ganzen Lohn zu entrichten.

Auch die l. 15 § 6 cit. entspricht durchaus den entwickelten Grundsätzen.

Es fällt bei ihr zunächst der eigentümliche Satzbau auf: „. . . cum quidam vecturam, quam . . . acceperat, repeteretur". So lautet der Text in der Florentina und der Glosse. Haloander, Gothofredus und, ihnen folgend, Fr. Mommsen, Puntschart, Fuchs lesen „repeteret". Dies geht aber wegen des Relativsatzes „quam acceperat" nicht an, denn aus welchem Grunde sollte der „quidam" den Lohn nochmals fordern dürfen, nachdem er ihn schon einmal empfangen hat? Uebrigens stände diese Lesart auch mit dem Sinne des ganzen Satzes im Widerspruche, denn der Prokurator ist derjenige, um dessen Forderungsrecht es sich handelt, nicht der Unternehmer, und auf letzteren kann sich „quidam" doch nur beziehen. Wir übersetzen „repetere" mit „in Anspruch nehmen" und fassen „vecturam" als Accusativus limitationis auf, der zwar im Lateinischen selten ist, sich aber durch die Herkunft Ulpians erklären dürfte. Da der Sinn klar ist, gehen wir im übrigen auf Streitfragen über den Text nicht ein[10]).

Ein „procurator Caesaris" hatte dem Schiffer, der entweder ihn selbst oder Güter von ihm befördern sollte, die vectura im voraus entrichtet unter der Beredung, daß letzterer sie einstweilen als Darlehen behalten solle. Der Schiffer verliert sein Schiff. Muß er dem Prokurator die vectura zurückzahlen? Es

10) Dafür, daß die l. 15 § 6 von einer locatio conductio operis handelt, siehe die Belegstellen bei Mommsen, l. c., Bd. 1, S. 80, Anm. 25.

handelt sich nicht um ein Beamtenvorrecht, wenn Antoninus die Frage bejaht, sondern um eine für die Allgemeinheit geltende Rechtsregel: „quod in omnibus personis similiter observandum est". Die Interpretation bietet keine Schwierigkeiten. Der Schiffer hat sein Schiff verloren, kann also den Transport nicht ausführen und erhält deshalb auch keinen Lohn, bezw. muß die voraus entrichtete merces zurückzahlen. Daß eine „vis maior" vorliegt, wird nicht gesagt, ist daher auch nicht vorauszusetzen.

Die l. 15 steht den Anhängern der ersten Theorie, soweit sie dem Unternehmer einen Teil des Lohnes nach Verhältnis des ausgeführten Werkes oder der getanen Arbeit zubilligen, nicht im Wege. Sie liefert aber auch für ihre Theorie keinen bestimmten Anhaltspunkt.

Noch viel weniger kann die lex zum Fundamente der Sphärentheorie gemacht werden, wie Oertmann[11]) annimmt. Denn nicht, weil der Zufall in dem Schiffe ein Werkzeug des Unternehmers, also dessen Sphäre traf, ist diese Entscheidung gefällt, sondern „cum munere vehendi functus non sit": weil er nicht erfüllt hat.

Die Auslegung der beiden Stellen hat also zu dem Resultate geführt, daß das römische Recht für die Gefahrtragung hinsichtlich immaterieller opera keine besonderen Regeln aufgestellt hat. Daher sind die Vorschriften über die materiellen Werke auch hier anzuwenden, soweit sie mit dem Begriffe des immateriellen opus verträglich sind. Da auch ein „vitium materiae" — wir werden es unten (S. 314) begründen — beim immateriellen Werkvertrage nicht ausgeschlossen ist, so scheiden hiernach nur die Regeln über den Gefahrübergang mit der Approbation aus dem zu Beginn dieses Paragraphen angegebenen Grunde aus.

11) Zufall, S. 49.

II. Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (verglichen mit dem römischen Rechte).

a) Bei materiellen Werken.

§ 7.

1. Das Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Der unseligen Verworrenheit, welche die Fülle der Meinungen notwendig auf dem Gebiete der Rechtsprechung hervor rufen mußte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch ein Ende gemacht. Aber es hat uns manche neue Streitfrage beschert!

Das B.G.B. hat sich im Prinzipe dem römischen Rechte angeschlossen. Es bestimmt in § 644, Abs. 1, Satz 1: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes." Aber was ist „Abnahme"? Das B.G.B. hat es unterlassen, diesen wichtigen Ausdruck zu erklären. Die Motive [1]) legen der „Abnahme" keine andere rechtliche Bedeutung bei als diejenige, welche sie beim Kaufe (§ 433, Abs. 2) hat. Die Mehrheit der II. Kommission gelangte zu der Auffassung, „daß der Abnahme in § 572 (jetzt § 640) und den übrigen Bestimmungen dieses Abschnittes die Bedeutung der Annahme als Erfüllung zukomme in dem Sinne und mit der Wirkung, wie sie der Annahme als Erfüllung in § 367 (jetzt § 363) beigelegt sei" [2]). Sie war der Ansicht, „die Natur des Werkvertrages und die das Verhältnis beherrschende bona fides erfordere, daß der Besteller dem Uebernehmer gegenüber das hergestellte Werk, falls es vertragsmäßig sei, als vertragsmäßig anerkenne, bezw. daß er es im Sinne des § 367 (jetzt § 363) als Erfüllung annehme. Eine solche Verpflichtung sei durch das Interesse des

1) Bd. 2, S. 490.

2) Prot., Bd. 2, S. 317.

Uebernehmers geboten, da es nicht angehe, daß dieser auf unbestimmte Zeit darüber in Ungewißheit bleibe, ob das Werk als vertragsmäßig anerkannt werde"[3]). Sie hielt es auch für erforderlich, daß der Unterschied des Abnahmebegriffes im § 640 von dem des § 433, Abs. 2, durch eine Textänderung deutlich hervorgehoben werden müsse. Die Redaktionskommission hat jedoch von einer derartigen Textänderung abgesehen. Sie nahm wohl an, daß, wenn man den Besteller verpflichte, „das vertragsmäßig hergestellte Werk" abzunehmen (cf. § 640) das Moment der Billigung genügend hervorgehoben sei.

Ebenso wie die Mehrheit der II. Kommission tritt auch die herrschende Meinung, unseres Erachtens mit Recht, dafür ein, daß eine Billigung durch die Natur des Werkvertrages gefordert werde. „Beim Kaufe dreht es sich wesentlich nur um die Annahme einer im Momente des Vertragsschlusses schon fertigen oder wenigstens nach ihren Hauptmerkmalen genau bestimmten Sache"[4]), beim Werkvertrage dagegen „um Lieferung eines neuen Gegenstandes"[4]). Der Unternehmer hat ein dringendes Interesse an der Feststellung, daß diese neue Sache die nach dem Vertrage geforderte ist und daß er möglichst bald nach der Ablieferung, mit der sich die Sache meistens seinem Gesichtskreise entzieht, nach § 363 von dem Beweise bezüglich später in Erscheinung tretender Mängel befreit wird. Für die Auslegung des Begriffes „Abnahme" ist auch der „historische Zusammenhang mit der römischen Approbation"[5]), über deren Bedeutung als Gutheißung nach dem Wortsinne kein Zweifel obwalten kann, wichtig.

Es fragt sich nun weiter, ob die „Abnahme" ausschließlich als Billigung aufzufassen ist. Einer solchen Auffassung steht § 646 im Wege:

3) Prot., Bd. 2, S. 315 f.

4) Crome, P. R., S. 312.

5) Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Marburg 1901, Bd. 1, S. 684, Anm. 2.

„Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt in den Fällen der §§ 638, 641, 644, 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes."

Eine Billigung ist bei allen Werken an sich möglich, auch bei „immateriellen"[6]). Da aber die Abnahme bei manchen Werken nach § 646 ausgeschlossen sein soll, so müssen wir annehmen, daß in der Abnahme außer der Billigung noch ein anderes Element enthalten ist. Der Abnahmebegriff umfaßt, wie Crome[7]), Oertmann[8]), Planck[9]), Staudinger[10]) richtig betonen, sowohl eine körperliche Uebernahme als eine Anerkennung des Werkes als Erfüllung. Wie haben wir uns aber diese körperliche Uebernahme vorzustellen? Auf keinen Fall ist sie mit einer Besitzübernahme identisch, wie Planck[11]) annimmt. Dann würden Werke, die der Unternehmer während der Arbeit in seinen Besitz nimmt und nachher wieder abliefern muß, abnahmefähig sein, während solchen Werken, bei welchen sich vor und nach Beendigung der Arbeit kein Besitzwechsel vollzieht, die Abnahmefähigkeit mangelte. Hiergegen spricht schon der Wortlaut des § 646: nicht durch äußere Momente, wie es die Besitzverhältnisse sind, soll die Abnahmefähigkeit bestimmt werden, sondern durch die „Beschaffenheit des Werkes", es kommt also auf die Natur des letzteren an. Ferner wäre auch eine Regel unbegreiflich, welche den Unternehmer bei solchen Werken, welche er bei der Herstellung in seinem Besitze hat, von der Beweislast bezüglich geheimer

6) Vergl. Crome, B. R. (System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig), Bd. 2, S. 689, Anm. 6; Dernburg, B. R. (Das bürgerl. Recht, 1. Aufl., Halle 1901), Bd. II, 2, S. 433, Anm. 7; Oertmann, B. R. (Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar z. B.G.B., Berlin 1899, Bd. 2), S. 361.

7) B. R., Bd. 2, S. 689.

8) B. R., S. 361.

9) Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Aufl., Bd. 2, S. 379.

10) Kommentar zum B.G.B., München 1901, Bd. 2, S. 456.

11) l. c., Bd. 2, S. 380.

Mängel (infolge der Abnahme) befreite, sie ihm aber beließe bei Werken, welche während der Herstellung im Besitze des Bestellers geblieben sind. Welchen inneren Grund sollte diese verschiedene Normierung der Beweislast je nach dem Besitzverhältnisse haben? Unseres Erachtens sprechen nur Gründe dagegen. Wenn ich als Besteller während der Herstellung des Werkes im Besitze der Sache bleibe, so habe ich in der Regel die beste Gelegenheit, schon während der Arbeit eine fortlaufende Prüfung des sich entwickelnden Werkes vorzunehmen. Weshalb soll mir gerade hier die Billigung erspart bleiben? Weshalb soll ich als Besteller gerade hier von der Beweislast bezüglich später auftretender Mängel befreit werden, wo ich doch in der Regel am besten finden muß, aus welcher Zeit ein Mangel herdatiert?

Auch im Verkehre wird, wie Enneccerus[12]) sehr richtig geltend macht, bei körperlichen Werken von einer Abnahme gesprochen, auch wenn der Besteller die Sache während der Arbeit im Besitze behalten hat, namentlich „bei baulichen Arbeiten"[12]) 2c.

Verlangt das Gesetz bei einem körperlichen Werke eine Abnahme, so ist es schlechterdings unerfindlich, weshalb es bei anderen von ihr absehen wollte. Bei unkörperlichen Werken ist dagegen die Abnahme ausgeschlossen, da in letzterer, wie oben gezeigt, ein körperliches Moment auf jeden Fall enthalten sein muß.

Den rechten Weg zur Charakterisierung dieses körperlichen Momentes deutet unserer Ansicht nach Oertmann[13]) an: „Nicht auf die Besitzübertragung, sondern auf die Möglichkeit einer physischen Uebernahme des bisher in den Händen des Unternehmers befindlichen Werkes kommt es an." Solange ein anderer sich der Bearbeitung meiner Sache unterzieht, ist

12) l. c., Bd. 1, S. 684, Anm. 1.
13) Oertmann, B. R., S. 362.

die Möglichkeit uneingeschränkter Einwirkung auf dieselbe meinerseits ausgeschlossen. Die Abnahme bezeichnet unseres Erachtens den Moment, in welchem ich die veränderte Sache aus den „Händen des Unternehmers“[14]) als die nach dem Vertrage geforderte herausnehme und sie als dem ungestörten Gebrauche zugänglich wieder übernehme.

Dies kann ich bei jedem körperlichen Werke, aber bei keinem unkörperlichen. Denn hier fehlt es ja an einem Gegenstande, den ich wieder meiner uneingeschränkten Einwirkung unterstellen könnte. Bei unkörperlichen Werken kann ja auch einer Billigung sehr wohl entraten werden, denn deren Bedeutung müßte nach der Natur der Sache eine sehr geringfügige sein; namentlich könnte sie, wie oben gezeigt, als Zeitpunkt des Gefahrüberganges nicht in Betracht kommen.

Die Abnahme, wie wir sie oben erklärt haben, wird meistens eine Besitzübernahme enthalten, aber unbedingt nötig ist diese nicht.

Auffällig ist es, daß Oertmann[15]) beim Transporte von einer Abnahme spricht. Die Abnahme bezieht sich auf das Werk als solches (§ 640). Beim Transporte verkörpert sich aber doch, wie Oertmann Dankwardt gegenüber selbst nachgewiesen hat, das Werk keineswegs in der beförderten Sache, das Werk ist vielmehr die Beförderung selbst, ein abstrakter Begriff, und der ist doch sicher einer „physischen Uebernahme“[16]) nicht fähig.

Nach Oertmann[17]) sind auch diejenigen Werke nicht abnahmefähig, „bei denen das gefertigte Werk bestimmungsgemäß einem anderen als dem Besteller ausgehändigt werden soll“. Aber warum denn nicht? Weshalb soll denn hier der

14) Oertmann, B. R., S. 362.
15) Ebenso Enneccerus, l. c., S. 685, Anm. 2.
16) Oertmann, B. R., S. 362.
17) eod.

Unternehmer schlechter gestellt sein, als wenn er das Werk dem Besteller aushändigt? Der Besteller mag sich Auskunft bei dem Empfänger holen über die Vertragsmäßigkeit des Werkes. Die Aushändigung an den anderen geschieht auf seine Veranlassung; kann er daher nicht über das Werk in der Weise urteilen, wie es hätte geschehen können, wenn es an ihn abgeliefert worden wäre, so ist das seine Sache, jedenfalls darf der Unternehmer nicht darunter leiden [18]).

Das Resultat unserer Erörterung ist dieses: sämtliche körperlichen Werke sind abnahmefähig, sämtliche unkörperlichen sind nicht abnahmefähig [19]).

Nach § 644, Abs. 1, Satz 1, trägt also bei körperlichen Werken der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme. Die Motive [20]) behaupten, daß die Bestimmung des § 644, Abs. 1, Satz 1, schon „aus dem Wesen des Werkvertrages und den allgemeinen Grundsätzen" abgeleitet werden könne. Allerdings geht der Grundsatz „periculum est conductoris" nach unserer früheren Ausführung schon aus dem Wesen des Werkvertrages hervor. Daß aber der Unternehmer auch solche Zufälle tragen soll, welche sich nach Erfüllung seiner Vertragspflichten — letztere bestehen in der Herstellung des Werkes (§ 631, Abs. 1, Satz 1) und in der Vorleistungspflicht (§ 641, Abs. 1, Satz 1, cf. § 320) — bis zur Billigung ereignen, entnehmen wir lediglich dem § 644, Abs. 1, Satz 1.

Offensichtlich ist ferner, daß § 644, Abs. 1, Satz 1 in § 323 nicht völlig aufgeht, selbst nicht, soweit er sich auf die Gefahr bis zur Erfüllung seitens des Unternehmers bezieht.

---

18) Bei der physischen Uebernahme wird der Besteller vom Empfänger vertreten.

19) Eine Prüfungspflicht des Bestellers besteht nicht. Ebensowenig eine Verpflichtung des Unternehmers zum Nachweise der Vertragsmäßigkeit des Werkes. Sie dürfte sich aber in den meisten Fällen aus Treu und Glauben ergeben. Auch eine stillschweigende Billigung ist möglich.

20) Bd. 2, S. 498.

Denn § 323 handelt nur von solchen Ereignissen, welche eine Leistungs**unmöglichkeit** begründen. Daß der Unternehmer auch für solche Zufälle einzustehen hat, welche das Werk vernichten oder verschlechtern, ohne eine Unmöglichkeit der Leistung herbeizuführen, geht zwar aus dem Wesen des Werkvertrages hervor, im Gesetzbuch sagt es aber nicht § 323, sondern erst § 644.

Der § 323 bestimmt in Abs. 1, Satz 2: „Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistnng nach Maßgabe der §§ 472, 473."

Wir haben schon oben auseinandergesetzt, daß das Arbeitsprodukt beim Werkvertrage ein einheitliches ist. Daher kann bei einem solchen eine teilweise Unmöglichkeit nicht vorkommen, vielmehr findet die vorstehende Bestimmung nur dann Anwendung, wenn der Werkvertrag eine Mehrheit von Erfolgen zum Gegenstande hat. Einer solchen gedenkt im römischen Rechte die l. 36 cit. in ihrem zweiten Satze, im B.G.B. § 641, Abs. 1, Satz 2. Ist für sämtliche Werke ein Gesamtpreis vereinbart, so ist nach beiden Rechten bei Unausführbarkeit einzelner opera für die schon abgenommenen ein entsprechender Lohn zu gewähren. Das B.G.B. erklärt für die Lohnbemessung die für die Minderung beim Kaufe aufgestellten Regeln als maßgebend. Das römische Recht ermangelt solcher bestimmten Normen.

Daß der Besteller nach der Abnahme die Gefahr trägt, versteht sich von selbst, da ja das Werk nach der Abnahme, vorausgesetzt, daß es vertragsmäßig hergestellt ist, den Unternehmer nichts mehr angeht. In § 644 ist es überdies deutlich zum Ausdrucke gebracht: „Der Unternehmer trägt die Gefahr **bis** zur Abnahme des Werkes." L. 36 cit. stimmt damit fast wörtlich überein.

War das Werk zur Zeit der Abnahme „mit Fehlern behaftet, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern" (B.G.B. § 633, Abs. 1), und hat der

Besteller diese zur Zeit der Abnahme nicht gekannt, bezw. hat er sich, wenn sie ihm bekannt waren, seine Rechte vorbehalten (§ 640, Abs. 2), so verliert der Unternehmer zwar nicht ohne weiteres seinen Lohn, dem Besteller aber sind besondere Rechte durch die §§ 633, 634 eingeräumt, nämlich ein Anspruch auf Beseitigung, eventuell auf Wandelung oder Minderung. Das römische Recht verweigerte dem Besteller die Befugnis, nach der Approbation unverschuldete geheime Mängel geltend zu machen, und verwehrte damit einer großen Menge von Prozessen den Eingang.

Das B.G.B. hält strenger an dem Grundsatze „periculum est conductoris“ fest als das römische Recht. Das letztere ließ den Besteller die Gefahr der höheren Gewalt tragen. Das B.G.B. ist ihm nicht darin gefolgt. Es sollte, wie die Protokolle mitteilen, der umstrittene Begriff der höheren Gewalt vermieden werden [21]). Aber dann hätte er überhaupt aus unseren Gesetzeswerken eliminiert werden müssen.

Wir sprachen bisher von der Lohnfrage bei Untergang, Verschlechterung, Unausführbarkeit des Werkes. Ueber die Frage einer eventuellen Wiederherstellungspflicht und eines ebensolchen Rechtes enthält das B.G.B. ebenso wie die römischen Rechtsquellen keine Bestimmung. Wir entnehmen also auch für unser heutiges Recht dem Wesen des Werkvertrages den Grundsatz einer Wiederherstellungspflicht und eines Wiederherstellungsrechtes des Unternehmers [22]).

2. Ausnahmen von dem Prinzipe.

§ 8.

a) Gefahrtragung des Bestellers vor der Abnahme bei Anweisung, Stoffmangel.

„Periculum est conductoris“ ist ein harter Grundsatz. Auch das B.G.B. sucht ihn durch Ausnahmen abzuschwächen. Es bestimmt in seinem § 645:

21) Prot., Bd. 2, S. 335.

22) Siehe aber oben § 4 bei Anm. 25.

„Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen."

Wir finden hier Ausnahmen des römischen Rechtes wieder. Es ist nicht zu verkennen, daß sie dem Begriffe des Werkvertrages widerstreiten [1]). Darum sind sie aber nicht weniger billig und brauchbar. Mit Brandis [2]) in dem Anspruche des Unternehmers aus § 645, Abs. 1 einen solchen auf eine billige Entschädigung zu erblicken, ist uns unmöglich. Es wird hier dem Unternehmer eine Quote der Vergütung zugesprochen, und darin liegt eine Belastung des Bestellers mit der Gefahr [3]). Allerdings ergäbe sich aus Brandis Annahme, daß die Regeln des § 645 mit dem Begriff des Werkvertrages und dem § 323 nicht im Widerspruche ständen. Daraus erhält aber die Brandissche Anschauung keine Berechtigung.

Ob der Schaden unmittelbar oder nur mittelbar durch die Anweisung entstanden ist, ist gleichgültig [4]), jedenfalls hat ihn der Besteller veranlaßt und trägt daher nach § 645 die Gefahr.

Auch ob die Anweisung schon beim Vertragsschlusse oder später gegeben wird, ist unerheblich. Anweisungen im Sinne

1) Siehe Motive, Bd. 2, S. 500.

2) Rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht und nach B.G.B. Erlanger Diss., 1898, S. 36.

3) Ebenso Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach B.G.B., Jena 1900, S. 71, 46; Oertmann, B. R., S. 369.

4) Ebenso Crome, P. R., S. 324; abweichend Kisch, l. c., S. 71; Berndorff, Gattungsschuld, S. 121 f.

des § 645 sind unseres Erachtens alle von der gewöhnlichen Regel des Verkehrs abweichenden Anordnungen, die der Besteller in den Vertrag hineinträgt oder mit denen er nachträglich den Unternehmer versieht.

Unter dem Stoffe, von dem § 645 spricht, sind sämtliche Sachen zu verstehen, die der Besteller dem Unternehmer zur Ausführung seines Werkes liefert. Ob Hauptsachen, Nebensachen oder Werkzeug, ist irrelevant: das Veranlassungsprinzip des § 645 fragt nach solchen Unterschieden nichts[5]). Daher entfällt die Ausnahme des § 645 bezüglich eines vitium materiae beim Werklieferungsvertrage keineswegs; durch Lieferung von Zutaten seitens des Bestellers wird dessen Wesen nicht berührt.

Trifft freilich den Unternehmer ein Verschulden, so nützen ihm die Bestimmungen des § 645 nichts. Ein solches liegt namentlich darin, daß er, obwohl ihm die Gefährlichkeit der Anweisungen und der Mangel des Stoffes bekannt ist, und während er weiß, daß der Besteller darüber in Unkenntnis ist, diesem keine Mitteilung macht. In zahlreichen Fällen wird sich aus Treu und Glauben eine Prüfungspflicht des Unternehmers hinsichtlich des vom Besteller gelieferten Stoffes ergeben. Unsere neue Gesetzgebung hat es mit Recht abgelehnt, eine Prüfungspflicht des Unternehmers allgemein festzusetzen; ob sie anzunehmen ist, muß Frage des Einzelfalles bleiben[6]). Der Baumeister wird stets den Boden auf seine Tüchtigkeit zu untersuchen haben, ob er nicht zu feucht ist, ob es ihm nicht an der erforderlichen Festigkeit mangelt ꝛc., dem Dekorateur, der den Plafond meines Zimmers bearbeiten soll, kann ich nicht zumuten, daß er prüft, ob sich irgendwo im Hause der Schwamm angesetzt hat, der seine Arbeit zu verderben droht.

5) Ebenso Crome, B. R., Bd. 2, S. 699; Oertmann, B. R., S. 368.

6) Siehe Motive, Bd. 2, S. 486.

Sämtliche soeben gefundenen Regeln gelten in gleicher Weise für römisches wie bürgerliches Recht, nur in dem Maße der zu errichtenden Vergütung weichen beide Rechte sehr weit voneinander ab. Das römische Recht gewährte beim qualifizierten Zufalle dem Unternehmer stets den vollen Lohn abzüglich dessen, was der Unternehmer infolge des Unfalles ersparte oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwarb. Das B.G.B. billigt ihm nur einen entsprechenden Teil der Vergütung zu nach Verhältnis der bereits geleisteten Arbeit. Jedoch soll der Teil der Vergütung nicht lediglich eine Bezahlung der Arbeit sein, deren Wert etwa nach den Grundsätzen des Verkehres abzuschätzen wäre, sondern eine Quote des positiven Interesses.

Für die Bemessung dieses Anspruches sind drei Zeitpunkte von Wichtigkeit: die Zeit *vor* Beginn der Arbeit, *während* der Ausführung und *nach* der Vollendung. Vor Beginn bekommt der Unternehmer gar keine Vergütung, im zweiten Stadium den oben näher bestimmten Teil der Vergütung, nach Vollendung wohl den ganzen Lohn [7]). Sind die Auslagen in der Vergütung nicht einbegriffen (cf. Vertrag, Verkehrssitte), so sind auch sie zu erstatten.

Die Berechnung des Lohnbetrages bei teilweiser Ausführung des Werkes wäre etwa in folgender Weise vorzunehmen. Gesetzt, die Herstellung hätte 10 Stunden in Anspruch genommen. Als Lohn waren 50 M. bedungen. Nach fünfstündiger Arbeit ereignet sich der Unfall. Dann besteht die Proportion:

$$10 : 5 = 50 : x$$

Der Lohnanspruch beträgt also 25 M. [8]).

---

7) Ebenso *Staudinger*, Kommentar zum B.G.B., München 1901, Bd. 2, S. 463.

8) Vergl. die Berechnungsformeln bei *Crome*, B. R., Bd. 2, S. 699, Anm. 40; *Oertmann*, B. R., S. 369.

Die Auslagen können selbstverständlich an dieser Proportion nicht teilnehmen, auch wenn sie in der Vergütung einbegriffen sind, da sie ja nicht notwendig im Verhältnisse der aufgewandten Arbeit anwachsen. Ist eine Pauschsumme, welche Vergütung und Auslagen umfaßt, vereinbart, so sind zunächst die Auslagen zu ermitteln, welche das Werk verursacht hätte, falls es vollendet worden wäre, ferner die bis zum Eintritte des Zufalles tatsächlich erwachsenen. Die ersteren sind von vornherein von der Gesamtsumme in Abrechnung zu bringen, da diese mit Rücksicht auf die Gesamtauslagen festgesetzt wurde. Die Differenz ist nunmehr in die oben bezeichnete Proportion als Nettolohn einzustellen, und zu dem Resultate sind die tatsächlich erwachsenen Auslagen zu addieren.

Nehmen wir an, daß in unserem obigen Beispiele die Gesumtsumme einschließlich Lohn und Auslagen 50 M. betrage. Bis zur Vollendung wären 20 M. Auslagen entstanden, bis zu dem Unfalle belaufen sie sich aber nur auf 5 M. Hier ist in die Proportion statt 50 die Differenz 50—20 = 30 einzusetzen; zu dem Resultate 15 sind 5 zuzuzählen. Der Unternehmer hätte also Anspruch auf 20 M.

Schließlich ist noch die Frage einer eventuellen Wiederherstellungspflicht und eines ebensolchen Rechtes in den Fällen des § 645 zu beantworten. Die Fassung des § 645 läßt keinen Zweifel darüber, daß der Unternehmer auch dann seinen Lohn verlangen kann, wenn ein Unfall der in diesem Paragraphen bezeichneten Art das Werk trifft, ohne die Wiederherstellung auszuschließen[9]). Entsprechendes galt auch im römischen Rechte. Wir haben darauf den Beweis aufgebaut, daß Wiederherstellungsrecht und -pflicht nicht besteht[10]). Eine

9) § 645: „.... untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ....“

10) oben S. 283 f.

Wiederherstellung werden aber vielfach Treu und Glauben dem Unternehmer zur Pflicht machen, namentlich wenn der Schaden verhältnismäßig geringfügig ist.

β) Gefahrübergang vor der Abnahme.

§ 9.

aa) Annahmeverzug des Bestellers.

Ebenso wie das römische Recht läßt das B.G.B. die Gefahr auf den Besteller übergehen, wenn er sich im Annahmeverzuge befindet.

§ 644, Abs. 1, Satz 2:

„Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über."

Voraussetzung des Verzuges ist nach § 293, daß der Gläubiger „die ihm angebotene Leistung nicht annimmt". Beim Verzuge des Bestellers denkt man zunächst daran, daß er das fertige Werk nicht annimmt, jedoch kommt der Besteller auch dann in Verzug, wenn er in sonstiger Weise die erforderliche Mitwirkung zur Erfüllung des Vertrages, wenn auch schuldlos, versagt. Die nötige Mitwirkung kann in einem Unterlassen sowohl als in einem Handeln bestehen, z. B. im Porträtsitzen, namentlich aber auch in der Erteilung der nötigen Anweisungen sowie in der Lieferung des Materials. Die §§ 642, 643 erwähnen die Art des Verzuges besonders, die durch Unterlassung einer zum Zustandekommen des Werkes erforderlichen Handlung [1]) entsteht, indem sie besondere Rechtswirkungen an sie knüpfen. Die „angemessene Entschädigung", die im § 642 gewährt wird, hat mit dem Anspruche aus dem Vertrage nichts gemeinsam; § 644, Abs. 1, Satz 2 wird durch § 642 in keiner Weise berührt.

1) „Hülfshandlung", s. oben § 4, Anm. 17.

Ein Verschulden ist zum Gläubigerverzuge weder nach B.G.B. noch nach römischem Rechte[2]) erforderlich.

Insofern der Zufall, welcher zur Zeit des Annahmeverzuges eintritt, eine Unmöglichkeit herbeiführt, gilt § 324, Abs. 2, in Verbindung mit § 324, Abs. 1. Der § 644, Abs. 1, Satz 2 geht nur insofern über § 324 hinaus, als er dem Unternehmer seinen Lohnanspruch auch in dem Falle sichert, wo der Zufall keine Unmöglichkeit begründet.

Für das bürgerliche Recht haben neuerdings Crome[3]), Enneccerus[4]) und Kohler[5]) den Satz aufgestellt, der Gläubiger könne auch dann in Verzug kommen, wenn durch einen Zufall in seiner Person die Leistung objektiv unmöglich werde, „während der Schuldner fortdauernd bereit und im stande sei, zu leisten"[6]). Diese Regel entspricht in hohem Grade der Billigkeit. Mit einer gewissen Scheu bekennen wir daher, daß wir sie nicht für mit dem Gesetze in Einklang stehend halten. Sie beruht unseres Erachtens auf einer zu engen Auslegung des § 297:

„Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer stande ist, die Leistung zu bewirken."

Die Voraussetzungen des Verzuges nach § 297 sind — und das ist unserer Ansicht nach besonders zu betonen — nicht

---

2) Dies geht schon allein daraus hervor, daß eine Pflicht zur Annahme der Leistung bei den meisten Schuldverhältnissen nicht besteht. Wäre ein Verschulden zum Gläubigerverzuge erforderlich, so könnte in allen diesen Fällen der Gläubiger nicht in Verzug kommen, denn wenn keine Pflicht besteht, kann man sie auch nicht verletzen.

3) B. R., Bd. 2, S. 149.

4) l. c., § 203, Note 1.

5) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 13, S. 258 ff.

6) Crome, B. R., B. 2, S. 149.

lediglich die, daß der Schuldner die Anforderungen, welche der Vertrag an ihn persönlich stellt, noch weiter zu erfüllen vermag, es heißt ganz allgemein, daß der Schuldner zur Leistung im stande sein muß. Im stande ist er aber dann nicht, wenn irgend ein Umstand, und mag er auch in der Person des Gläubigers liegen, die Leistung objektiv unmöglich macht.

Der Vergütungsanspruch bei Verzug des Bestellers bemißt sich, wenn der Zufall vor Vollendung des Werkes eintrat, wohl nach § 645, Abs. 1. Zwar ist dies im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, es ist aber nicht einzusehen, weshalb bei Zufall der Unternehmer einen höheren Anspruch haben soll, als ihm im Falle einer durch § 642 begründeten Kündigung der § 645, Abs. 1, Satz 2, gewährt.

Eine Wiederherstellungspflicht und ein ebensolches Recht ist ebenso wie beim qualifizierten Zufalle und aus denselben Gründen für beide Rechte abzulehnen (aber auch hier bona fides und §§ 157, 242!).

§ 10.

ββ) Versendung des Werkes.

Einen Gefahrübergang vor der Abnahme setzt das B.G.B. auch im Falle des § 644, Abs. 2, fest:

„Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung.“

§ 447 lautet:

„Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder

der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich."

Im römischen Rechte fehlte diese Bestimmung des § 644, Abs. 2. Auch der I. Entwurf hatte von einer solchen abgesehen. Der Gefahrübergang beim Kaufe nach Maßgabe des § 447, sagen die Motive [1]), „erkläre sich aus der rechtsgeschichtlichen Entwickelung und der auf das geltende Recht zu nehmenden Rücksicht. Sie auf den Werkvertrag auszudehnen, sei um so bedenklicher, als die Abnahme des Werkes mindestens in vielen Fällen von größerer Bedeutung sei, als der Uebergabe der gekauften Sache regelmäßig zukomme." Indessen hat die II. Kommission die Uebertragung der Vorschrift des § 447 auf den Werkvertrag für angemessen gehalten. „Dem Besteller geschehe mit dem früheren Gefahrübergange kein Unrecht, da er auf die Prüfung der Vertragsmäßigkeit des Werkes zur Zeit der Ablieferung an die Transportanstalt verzichtet habe" [2]).

In fast allen Fällen, in welchen eine Versendung vereinbart ist, wird der § 644, Abs. 2, Anwendung zu finden haben, da nach § 269 im Zweifel der Ort der gewerblichen Niederlassung des Schuldners, eventuell seines Wohnsitzes, als Erfüllungsort gilt und eine Beredung, wonach der Bestimmungsort auch Erfüllungsort sein soll, nur selten vorkommen dürfte.

Brandis [3]) meint, daß § 644, Abs. 2 „einen An-

1) Bd. 2, S. 499.

2) Prot., Bd. 2, S. 331.

3) l. c., S. 36.

wendungsfall des § 645 (Anweisung) näher ausführe". Diese Behauptung dürfte nur zum Teil berechtigt sein. Eine Anweisung liegt in der Abrede der Versendung nur dann, wenn die letztere dem Ortsgebrauche nicht entspricht. Uebrigens deckt sich auch in diesem Falle § 644, Abs. 2, nicht mit § 645 (Anweisung). Denn nach § 645 hat der Unternehmer nur gerade für den Schaden einzustehen, der (wenn auch mittelbar) infolge der Anweisung entstanden ist, nach § 644, Abs. 2, hat er jeden Zufall zu tragen, die Gefahr geht eben überhaupt auf ihn über.

§ 11.
b) Bei immateriellen Werken.

Eine besondere Vorschrift über immaterielle Werke bringt das B.G.B. nur in dem bereits zitierten § 646. Im übrigen finden also sämtliche Regeln über die Gefahrtragung bei materiellen Werken auch bei unkörperlichen Werken Anwendung, soweit sie nicht durch die Natur der letzteren ausgeschlossen werden. Auch § 646 führt seine Ausnahme nur deshalb ein, weil die Anwendung der für den Werkvertrag über materielle Werke bestehenden Vorschriften in den von ihm berücksichtigten Fällen nach der Natur der Sache unmöglich ist. Insbesondere kann das Werk, da es sich ja nicht in einer Sache verkörpert, nach Vollendung nicht mehr von einem Zufalle betroffen werden. Daher setzt § 646 für die Gefahrregelung im Sinne des § 644, Abs. 1, Satz 1, an Stelle der Abnahme die Vollendung.

Ebenso kann von einem Gefahrübergange mit der Versendung an einen anderen als den Erfüllungsort und von einem solchen durch Verzug nach Vollendung des Werkes nicht gesprochen werden, wohl aber von einem Verzuge vor der Vollendung.

Eine Gefahrtragung des Bestellers wegen eines vitium materiae ist keine Unmöglichkeit. Denn nach unserer obigen Erörterung ist unter einem solchen auch ein Fehler der Nebensache, namentlich auch des Werkzeuges zu verstehen. Bestelle ich also einen Virtuosen, damit er mir auf meiner neu erworbenen Stradivarigeige meine Lieblingsweisen vorspiele, und geht das Instrument während des Spieles infolge eines Mangels entzwei, so habe ich nichtsdestoweniger dem Künstler sein Honorar zu entrichten [1]).

Auch an höhere Gewalt kann beim immateriellen Werke gedacht werden, wie in § 6 dargetan. Jedoch hat das B.G.B. diese Ausnahme des römischen Rechts ja überhaupt nicht übernommen.

Riezler [2]) bemängelt die Ausdrucksweise des § 646 in Verbindung mit § 644, Abs. 1, Satz 1. Allerdings ist es nicht korrekt, von einer Gefahrtragung des Unternehmers bis zur Vollendung des Werkes zu reden, vielmehr trägt der Unternehmer, wie Riezler richtig bemerkt, „die Gefahr schlechthin". Diese Rüge ist aber rein theoretischer Natur.

Man könnte überhaupt sagen: weshalb noch eine Kritik an den Regeln des B.G.B.? Das Gesetzbuch ist geschaffen, und eine Neuausgabe liegt in weiter Ferne. Aber die Rechtswissenschaft darf niemals aufhören, der Gesetzgebung die Wege zu ebnen im Interesse des Rechtsideales und des Volkswohles.

1) Dabei ist an die verschiedene Lohnbemessung beider Rechte im Falle des qualifizierten Zufalles zu erinnern.

2) Der Werkvertrag nach B.G.B., Jena 1900, S. 36.

Nachdruck verboten.

VII.

Der Kreditauftrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Landgerichtsrat a. D. **Lippmann**, Halle a. S.

Das Reichsgericht hat in der im Band 50 seiner Entscheidungen für Civilsachen Seite 160 u. fg. abgedruckten Entscheidung den Rechtssatz festgestellt, daß der im § 778 B.G.B. geordnete Kreditauftrag zu seiner Gültigkeit nicht wie die Bürgschaft gemäß § 766 ibid. der schriftlichen Form bedürfe[1]). Zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft bestehe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein materieller Unterschied, und der § 766 sei einzig und allein für die Bürgschaft gegeben.

Ich behalte zunächst den letzteren Satz und seine Begründung im Urteile im Auge, um daran einige Bemerkungen auch über heutige Gesetzgebungsmethode und ihre Wirkungen gerade in der vorliegenden Sache anzuknüpfen.

In dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs fand sich eine dem § 766 entsprechende Bestim-

---

1) Hier wie überall beziehe ich das Erfordernis der Schriftform natürlich nur auf die eigentliche Bürgschafts**erklärung**. Im übrigen ist es vielleicht nicht uninteressant, noch besonders darauf hinzuweisen, daß durch § 766 ein ähnlicher Dualismus geschaffen ist, wie er im römischen Rechte zwischen der Bürgschaft in der Stipulationsform und dem formlosen sog. mandatum qualificatum bestand.

mung über die Form der Bürgschaftsverträge nicht. Auch alle vorhergegangenen Entwürfe hatten für die Bürgschaft das Prinzip der Formfreiheit. In der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs wurde zwar die Frage nach der schriftlichen Form des Bürgschaftsvertrages in Anregung gebracht, indessen ein dahin gehender Antrag schließlich abgelehnt [2]). Erst in der durch den Reichstag eingesetzten Kommission ging der Antrag durch, für die Bürgschaft die Schriftform zur Gültigkeit derselben zu bestimmen, und demgemäß wurde der jetzige § 766 neu eingefügt. Die Motive zu solchem Beschlusse gingen dahin, daß bei den großen Gefahren, die eine Bürgschaft mit sich bringe, es sich empfehle, durch eine Formvorschrift den sich Verpflichtenden zu größerer Vorsicht anzuspornen [3]).

Meines Erachtens sind diese Motive nicht allzu hoch zu bewerten. Sie sind einer entschieden rückläufigen Denkweise entsprungen. Der § 766 ist danach sozusagen ein Unfallverhütungsgesetz. Wenn auf wirtschaftlichem Gebiete Gesetze solcher Art eine höchst moderne Einrichtung sind, deren Notwendigkeit die der Arbeit innewohnende Gefahr hervorgerufen hat, auf dem Gebiete des Rechtslebens sind sie Fußangeln und hemmen als solche vielfach den freien Fluß des Verkehrs. Der § 766 soll den Bürgen vor einem möglichen Schaden bewahren. Ich bezweifle aber, daß die darin liegende Aufforderung an den Bürgen, mit sich selbst zunächst noch einmal zu Rate zu gehen, in den meisten Fällen etwas fruchten wird. Derjenige, der eine Bürgschaft zu übernehmen im Begriffe steht, vertraut eben mehr darauf, daß der Fall seiner Verpflichtung nicht praktisch wird, ähnlich wie beim Verbrecher die abschreckende Wirkung des Strafgesetzes um deshalb häufig einflußlos bleibt, weil er

2) Vergl. Achilles, Protokolle der II. Kommission, Bd. 2 S. 461/3.

3) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Karl Heymanns Verlag), S. 55.

bei Ausführung seiner Tat die Ueberzeugung von seiner Unfaßbarkeit hat. Eine falsche Psychologie in beiden Fällen. Da hatte das alte preußische Landrecht eine richtigere Würdigung von der Verfehltheit einer solchen Versicherungsmaßregel, indem es bei Bürgschaften von Frauenspersonen vielmehr eine sog. Certioriation durch den Richter für nötig erachtete. Ein Dritter, ein Mann, der Richter, ein unbeteiligter, des Vertrauens würdiger Mann, sollte der Frau zur Seite treten und durch objektive Erörterungen über die möglichen Folgen ihres beabsichtigten Schrittes der „levitas“ und „imbecillitas“ des Geschlechts ein Paroli bieten. Ob auch dieses Mittel in der Zeit der Geltung des Landrechts viel geholfen haben mag, steht dahin. Jedenfalls war dieses Mittel gegen eine Unfallversicherung rationeller als das des § 766, und für die Zeit des Landrechts wahrte es gegenüber dem gemeinen Rechte, das Bürgschaften der Frauen für ungültig und sogar für unerlaubt hielt, nebenbei noch ein Interesse des Verkehrs. Was § 766 für die heutige Zeit geschaffen hat, möchte ich in der landrechtlichen Sprachweise nur als eine „Certioriation des Bürgen durch sich selbst“ bezeichnen, die meistens ohnmächtig bleiben wird, weil sie entweder gar nicht geübt wird, oder wenn dies doch geschieht, nur die Erörterung einer schon bedrängten Seele sein wird.

Demgegenüber waren die Motive, die der I. Entwurf für die Formfreiheit des Bürgschaftsvertrages geltend gemacht hatte[4]), ungleich moderner und dem Interesse des heutigen Verkehrs entsprechender. Der Bürgschaftsvertrag sollte gemäß dem Prinzipe des § 91 des I. Entwurfs formfrei sein, und ausdrücklich lehnten die Motive es ab, zu dem Zwecke der Verhütung leichtsinniger oder übereilter Bürgschaften irgend eine

4) Motive, Bd. 2 S. 659 fg.

Form für die Bürgschaft zu bestimmen. Offenbar in der Meinung ihrer Nutzlosigkeit. Was für eine Tendenz die Schriftform nach den Motiven überhaupt haben sollte, ergibt sich klar aus der Betrachtung der letzteren über die Notwendigkeit der Schriftform für das abstrakte Schuldversprechen und die Vereinbarkeit dieser mit der Formfreiheit bei der Bürgschaft. Die Motive [5]) erklären für das abstrakte Schuldversprechen das Erfordernis der Schriftform notwendig als Ersatz für die in einem solchen Rechtsakte völlig latent bleibende materielle **causa** des Versprechens. Dem abstrakten Schuldversprechen dürfe Wirksamkeit nur beigelegt werden, wenn der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, unzweifelhaft feststehe. Die Möglichkeit eines Streites über Existenz eines solchen Verpflichtungswillens müsse ausgeschlossen bleiben. Unsicherheit der Existenz über ihn führe in dem einen Falle zu der Annahme eines solchen Verpflichtungswillens, wo derselbe gar nicht vorhanden gewesen, in dem anderen zur Verneinung eines solchen, wo Verpflichtungswille wirklich vorhanden gewesen sei. Die Schriftform soll hier zur Rechtssicherheit im freien Verkehr und zur Treffsicherheit des Urteils im Prozesse führen. Und das ist ja überhaupt die Bedeutung der Schriftform für das moderne Rechtsleben. Kausal für die Entstehung des Willensentschlusses soll sie nicht sein. In dem Bürgschaftsvertrage liegt dagegen immer die materielle **causa** klar zu Tage [6]). Der Verpflichtungswille in seiner **causa** kann daher niemals angezweifelt werden.

Was nun die Begründung des vom Reichsgerichte gefundenen Rechtssatzes zu § 766 selbst anlangt, so geht dieselbe in nuce dahin, daß, da nach § 778 vor der Kreditgewährung die Vorschriften über den Auftrag und nicht über die Bürgschaft Anwendung zu finden hätten, die Formvorschrift des § 766

5) a. a. O. S. 686 fg.

6) Motive, Bd. 2 S. 660.

über die Entstehung der Bürgschaft sich nicht auf die Entstehung des Kreditauftrags beziehen könne. Demgegenüber reiche auch die Aehnlichkeit zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag in volkswirtschaftlicher Beziehung nicht aus, um anzunehmen, daß die für den einen Vertrag vorgeschriebene Form auch für den anderen Geltung haben müsse. Dieser Begründung dürfte wohl mit Recht der Einwand entgegengesetzt werden können, daß sie keine allgemeingültige ist. Sie paßt nämlich nur für die Fälle eines Kreditauftrags, in denen eine Kreditgewährung als eine erst künftige vorausgesetzt wird, nicht aber auch für die Fälle, in denen ein schon bestehender Kredit nur verlängert werden soll. Und auch Fälle dieser letzteren Art sind doch gewiß nicht die selteneren. In allen diesen letzteren Fällen ist meines Erachtens kein Raum mehr für eine Anwendung der Vorschriften über Auftrag auf den Kreditauftrag. Der Kreditmandant ist von vornherein gebunden, hat kein Recht auf Widerruf des Auftrags, und wäre also schon jetzt nach den Bestimmungen über Bürgschaftsrecht zu behandeln. Daß ein Kreditauftrag auch bloß auf Verlängerung eines schon gegebenen Kredits gehen kann, ist zweifellos [7], und man ist daher zu einer extensiven Auslegung des § 778 dahin geradezu gezwungen, daß die „aus der Kreditgewährung entstehende" Verbindlichkeit auch eine aus solcher Gewährung *bereits entstandene* sein kann. Anderenfalls müßte das Gesetz solchen Kreditauftrag ohne weiteres als Bürgschaft behandelt wissen wollen, und die Anwendung der Formvorschrift des § 766 wäre dann die notwendige Folge.

Man kann auch nicht etwa sagen, der Tatbestand der Kreditgewährung sei auch in diesem Falle noch ein zukünftiges

7) Vergl. l. 12 § 14 D. 17, 1; Sächs. Gesetzbuch § 1476 Satz 2; Koch, Kommentar, N. 85 zu § 213 I 14 A.L.R. Jetzt *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. 2 Abt. 2 S. 360.

Faktum. Denn alicui pecuniam credere sei nicht gleichlautend mit pecuniam dare. Das credere nach dem dare liege ja noch in der Zukunft. Aber wer dies behaupten will, muß sich auch zu der Konsequenz bequemen, daß dann die Kreditgewährung erst mit der Rückforderung der Kreditsumme eine vollendete, gegenwärtige Tatsache und daher bis zu diesem Zeitpunkte auch die Normen des Auftragsrechts zur Anwendung kommen, also namentlich das Widerrufsrecht des Kreditmandanten bestehen bleiben müßte. Diese Behauptung wird wohl schwerlich gewagt werden können[8]). Deshalb scheint mir auch eine Auffassung der Sache dahin ganz gerechtfertigt zu sein, daß schon in dem pecuniam dare für sich der Tatbestand der Kreditgewährung liegt, wie ihn das Gesetz aufgefaßt haben will. Wenn man auch von einer Kreditgewährung reden kann, die sich in jedem einzelnen Zeitmomente bis zur Auflösung des Kredits neu wiederholt, ähnlich der Auffassung, wonach im Mietsvertrage der Gebrauch der gemieteten Sache immer wieder von neuem gewährt wird, so kann doch das Gesetz eine solche Kreditgewährung um deshalb nicht im Auge gehabt haben, weil der Akt der Kreditgewährung die Verbindlichkeit des Dritten erzeugt haben soll. Die latente Kreditgewährung schafft aber keine Verbindlichkeit, sie läßt vielmehr solche nur weiter bestehen. Der Auftrag an einen Anderen, einem Dritten, dem Schuldner dieses Anderen, den schon gegebenen Kredit zu verlängern, kann daher, was seine formelle Gültigkeit anlangt, auch nicht nach den Normen des Auftragsrechts beurteilt

8) Dernburg, der (Das bürgerliche Recht, Bd. 2 Abt. 2 S. 360, 361) den Kreditauftrag zunächst den Grundsätzen des Auftrags in Beziehung auf Widerruf, Kündigung unterstellt und auch einen Kreditauftrag auf bloße Verlängerung eines Kredits anerkennt, will, wenn ich ihn recht verstehe, in dem letzteren Falle zwar dem Auftraggeber ein Widerrufsrecht nicht zugestehen, da derselbe als Bürge hafte, scheint aber doch wieder Formlosigkeit des Geschäfts behaupten zu wollen.

werden. Der einzig relevante Kreditgewährungsakt hat bereits vor der Auftragserteilung stattgefunden, in der tatsächlichen Hingabe des Geldes, der Ware. Vom Standpunkte des Reichsgerichts aus ist denn auch die Konsequenz unvermeidlich, daß, während ein erster Auftrag zu einer Kreditgewährung für eine zukünftige Forderung Schriftform nicht notwendig hat, ein weiterer Kreditauftrag auf Verlängerung dieses Kredits notwendig schriftlich sein muß.

Handelt es sich bei einem Kreditauftrage nun um einen erst zu gewährenden Kredit, so kann es doch, da eine Bürgschaft auch für eine zukünftige Forderung übernommen werden kann, im einzelnen Falle sehr zweifelhaft sein, ob trotz der äußeren Form eines erteilten Auftrags nicht doch eine Bürgschaft vorliegt und daher zur Gültigkeit des in Rede stehenden Geschäfts die schriftliche Form zu beachten ist. Kreditauftrag und Bürgschaft können in einem solchen Falle vollständig ineinander überfließen. Das Verzwickte bei der Sache ist ja eben, daß nach der reichsgerichtlichen Entscheidung die Frage der Form abhängig gemacht ist von der Existenz einer materiellrechtlichen Befugnis des Kreditmandanten, der Befugnis zum Widerruf, die im einzelnen Falle teils auch bei dem Geschäfte der Bürgschaft, wenn auch hier nur ausdrücklich bedungen, vorhanden sein kann, teils selbst beim Kreditauftrag, sei es für eine bestimmte zukünftige Forderung, sei es auf eine bestimmte Zeit ganz ausgeschlossen sein kann, ohne darum dem Geschäfte den Charakter als Kreditauftrag zu nehmen[9]). Wenn A dem B in der Beschränkung Kreditauftrag mit Bezug auf eine zukünftige Schuld des C erteilt hat, daß er sich das Recht des Widerrufs vorbehält, falls zur Zeit des Widerrufs die Schuld des C noch nicht entstanden sein sollte, liegt dann Kredit-

---

9) Vergl. Striethorst, Archiv, Bd. 62 S. 26 fg.

auftrag oder Bürgschaft vor? Beim Kreditauftrage kann er bis zu diesem Zeitpunkte widerufen, und er könnte sich unbewußt das ihm schon gesetzlich nach den Normen des Auftrags zustehende Recht noch einmal gewahrt haben. Hat er aber dieser Wahrung noch eine besondere Bedeutung beigelegt, so kann es immerhin auch die sein, daß er durch seine Erklärung zunächst gebunden, also bürgschaftsmäßig, wenn auch nur bedingt gebunden, eine Bürgschaft für eine zukünftige Forderung, wenn auch nur bedingt, übernommen haben will. Seine Erklärung hat in jedem Falle nicht etwa den Sinn: ich will, wenn ich will, ist nicht, wie es den Anschein haben könnte, eine Potestativbedingung, reine Potestativbedingung. Ihr Sinn ist vielmehr der: ich erachte mich für gebunden, wenn ich mich nicht vor Entstehung der versicherten Forderung anders erklärt habe. Und die Entstehung dieser Forderung hat er nicht in seiner Gewalt. Die äußere Form der Eingehung des Geschäfts, deren besondere Bedeutung den Interessenten in vielen Fällen wohl meist gar nicht zum Bewußtsein kommt, kann also in keiner Weise entscheidend sein. Der Handelnde ist als Auftraggeber einerseits ebenso gebunden und andererseits ebenso frei, wie als Bürge. Gebundenheit und Freiheit folgt bei Annahme eines Kreditauftrags direkt aus dem Gesetze, bei Annahme einer Bürgschaft aus der Disposition des Handelnden, und auch das Recht der Bürgschaft läßt eine solche Freiheit der Disposition gelten. Wie will man, ohne in vollständige Willkür zu geraten, in dem von mir gesetzten Falle eine Entscheidung darüber treffen können, ob Schriftform notwendig oder nicht notwendig ist, wenn die Erklärung der Person in jedem Falle noch eine Hintertür, ein Recht auf Widerruf, offen läßt, durch die sie entschlüpfen kann? Dazu kommt nun noch weiter erschwerend für die Beurteilung der Sache der Umstand, daß überhaupt die Form für die Erklärung

eines Kreditauftrags einen bestimmten Wegweiser nicht abgeben kann. Die vom Gesetze gebrauchte Formel: ich erteile Auftrag, im eigenen Namen und für eigene Rechnung (des Beauftragten) zu kreditieren, ist nicht sakrosankt, am wenigsten gebräuchlich und für den kaufmännischen Verkehr, der konzise Ausdrucksweise liebt, viel zu langatmig. Vielmehr sind statt deren Formeln ganz gang und gäbe, vollständig konform mit denen, wie sie auch bei Erklärung eines Bürgschaftswillens im Gebrauch sind [10]).

Um zu demselben Resultate wie die reichsgerichtliche Entscheidung zu kommen, hätte ich unmaßgeblich der Sache eine Begründung in anderer Art gegeben. Man spricht in der Gesetzgebungstechnik von einer Novellengesetzgebung und versteht darunter gesetzgeberische Akte, die nach dem Aufbau eines großen organisatorischen Gesetzgebungswerkes in Einzelnheiten Ergänzungen, Abänderungen bezwecken. So waren die Novellen Justinians vereinzelte gesetzgeberische Nachzügler, und Puchta [11]) betont, wie gerade diese Form der späteren gesetzgeberischen Tätigkeit Justinians das römische Recht befähigt habe, die bleibende Grundlage für die spätere Rechtskultur der ganzen Welt zu werden, indem sie den Hauptbestand des corpus juris, die Digesten, uns möglichst rein und unverfälscht erhalten hat. Ich spreche den § 766 sachlich als eine Art Novellengesetzgebung an. Allerdings nicht als eine ebenso glückliche. § 766 hat zwar gleichzeitig mit dem ganzen Bürgerlichen Gesetzbuche Gesetzeskraft erhalten. Später gedacht, später formuliert und von einer anderen gesetzgeberischen Persönlichkeit ist er unzweifelhaft, und gegenüber dem großen Ganzen des Gesetzbuchs reguliert er eine Einzelheit. Das Gesetzbuch als

10) Höchstens könnte man, wenn ein Jurist die Formel des § 778 gebrauchte, mit Sicherheit auf einen Kreditauftrag schließen.

11) Kursus der Institutionen, Bd. 1 S. 701.

Ganzes war, auch in der Form, schon völlig abgeschlossen, als der in § 766 ausgesprochene Gedanke in die Erscheinung trat. Daß der Reichstag mit seiner Kommission eine andere gesetzgeberische Persönlichkeit war, als die zur Ausarbeitung des Gesetzbuchs berufenen Kommissionen, kann nicht bezweifelt werden. Seine Arbeit konnte bei der verhältnismäßigen Kürze der ihm zugemessenen Zeit auch nur die Bedeutung einer sog. Superrevision haben. An Prinzipien hat er, soweit wenigstens das Recht der Schuldverhältnisse in Betracht kommt, meines Erachtens nicht gerüttelt. Bei der Art und Weise, wie hiernach das Bürgerliche Gesetzbuch zu stande gekommen ist, scheint es mir nicht gerechtfertigt, in den Entscheidungen des Reichstags und seiner Kommission von vornherein Prinzipien zu suchen, und eine prinzipielle Entscheidung wäre es immerhin gewesen, wenn man um deswillen, weil der Reichstag mit Einfügung des § 766 für Bürgschaften die schriftliche Form abweichend von dem Prinzipe der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte angeordnet hat, nun auch für das verwandte Geschäft des Kreditauftrags nach Reichstagswillen die schriftliche Form zu erfordern hätte. So nimmt denn auch Planck[12]) als unzweifelhaft an, daß bei den Beratungen der Reichstagskommission die Frage, ob § 766 auch auf den Kreditauftrag des § 778 Anwendung finden solle, gar nicht erörtert worden ist. Einer Feststellung der Unanwendbarkeit des § 766 auf den Fall des Kreditauftrags im Wege einer mühsamen, keineswegs bedenkenfreien theoretischen Untersuchung, wie dies das Reichsgericht getan hat, hätte es danach gar nicht bedurft. Und bei der Betonung des § 766 als einer Novellengesetzgebung würde einerseits kein Hindernis vorgelegen haben, auch den Fall eines Auftrags auf bloße Verlängerung eines schon

---

12) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, § 778 N. 1.

gewährten Kredits als einen Normalfall des Kreditauftragsgeschäfts zu bestimmen. Andererseits würde der Ausnahmecharakter des Gesetzes dahin führen müssen, in allen Fällen, in denen nicht ganz unzweifelhaft Bürgschaft anzunehmen, ihm die Anwendbarkeit zu versagen.

Der hier in Rede stehende Gesetzgebungsakt des Reichstags in Verbindung mit der Judikatur des Reichsgerichts zu § 778 hat nun zu der schon in der Sache liegenden Schwierigkeit noch eine besondere Schwierigkeit der Form geschaffen. Nicht zwar insofern, als ob der durch die reichsgerichtliche Entscheidung festgestellte Rechtssatz selbst zu Zweifeln Anlaß geben könnte. Wohl aber in der Richtung seiner Anwendbarkeit auf den einzelnen Fall. Daß das Gesetzbuch einen Unterschied zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag festgehalten wissen will, mag noch sein. Könnte die Theorie einen solchen nicht anerkennen, so wäre er praktisch bedeutungslos. Indessen die Meinungen darüber werden wohl, wie bisher, geteilt bleiben. Und dann muß der Richter, während es sich sonst im einzelnen Falle vielleicht gar nicht lohnen würde, falls die festzustellenden Rechtsfolgen dieselben bleiben würden, in jedem einzelnen Falle sich stets und zunächst darüber schlüssig machen, ob Bürgschaft nach § 765 oder Kreditauftrag nach § 778 vorliegt[13]). Denn danach hat er zu beurteilen, ob Schriftform notwendig war oder nicht, wenn der betreffende Vertrag nur mündlich ge-

13) Auch in die Theorie hat § 766 schon unnötige Unruhe gebracht. Dafür ein Beispiel. Man spricht von einer sog. Schadlosbürgschaft. Cosack (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 S. 590) will eine solche Bürgschaft nicht als Fall einer echten Bürgschaft angesehen wissen. Er erklärt sie für einen sog. Garantievertrag und verneint deshalb die Notwendigkeit der Schriftform für dieselbe. Dagegen mit Recht aus überzeugenden Gründen Dernburg (a. a. O. Bd. 2 Abt. 2 S. 353 N. 8). Aber der Streit über die Echtheit solcher Bürgschaft, über die eigentliche Kategorie eines solchen Geschäfts hätte auf sich beruhen bleiben können, wenn § 766 nicht existierte.

schlossen war. Und die Entscheidung dieser Frage bietet erhebliche Schwierigkeit bei der nirgends bestrittenen mindestens großen Aehnlichkeit der Geschäfte von Bürgschaft und Kreditauftrag. Welchen Verpflichtungswillen der Erklärende gehabt hat, inwieweit dieser überhaupt sich hat verpflichten wollen, ist die schwer zu lösende Frage des einzelnen Falles, schwer zu lösen namentlich um deshalb, weil das Interesse desselben an dem genannten Akte in der Regel unter einem Schleier verhüllt bleiben wird. Und gerade das Interesse wird bestimmend sein müssen für Art und Maß der ihm aufzuerlegenden Verantwortlichkeit. Der Richter wird sich bei seiner Entscheidung mehr nur an Aeußerlichkeiten halten können. Teils an den von der Person gewählten Ausdruck, teils wird er den Umstand entscheidend sein lassen, ob es sich um einen künftigen oder einen schon bestehenden Kredit handelt, und im ersteren Falle für Kreditauftrag stimmen, obwohl nach § 765 doch auch für eine künftige Forderung Bürgschaft geleistet werden kann. Er wird auch vielleicht darauf Gewicht legen, wer die äußere Veranlassung zum Abschlusse des Geschäfts gegeben hat. Auch die II. Kommission hat durch ihre veränderte Bestimmung über Kreditauftrag meines Erachtens eine klare Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag in der Anwendung auf den einzelnen Fall nicht erzielen können. Sagt doch selbst Planck[14]), der im übrigen mit der Fassung des § 778 einverstanden zu sein scheint, es liege ein „eigenartiges" Rechtsverhältnis (also doch wohl weder reine Bürgschaft noch reiner Kreditauftrag) vor, wenn der Beauftragte nicht die Verpflichtung, dem Dritten Kredit zu geben, eingehen wolle, sondern wenn lediglich der Auftraggeber für die Verbindlichkeit des Dritten, dem vom Beauftragten Kredit erteilt wird, einstehen solle. Und gerade dieser Fall ist unbestritten ein häufiger Fall des Kreditauftrags. Der

14) a. a. O. § 778 N. 1.

vorsichtige Anwalt wird daher auch stets seinem Klienten je nach der Stellung des letzteren zum beabsichtigten Geschäfte raten müssen, Schriftform zu geben resp. zu verlangen, und die besondere Schwierigkeit der Sache, von der ich oben sprach, wird nur dadurch im praktischen Leben in etwas gemildert werden, daß im Handelsverkehr einerseits doch die Schrift das fast ausschließlich benutzte Handwerkszeug für den Austausch von Erklärungen bildet, andererseits nach § 350 des deutschen Handelsgesetzbuchs die Bürgschaft nicht der schriftlichen Form bedarf, wenn der Bürge Vollkaufmann ist [15]).

Die durch den Reichstagsbeschluß gegebene besondere Schwierigkeit hat denn auch schon sehr bald in der Praxis weitere Kreise gezogen. Gleich im Bd. 51 der Entscheidungen findet sich (S. 122 fg.) ein Urteil, das die Anwendung des § 766 auf den Fall einer kumulativen Schuldübernahme wegen „der größten Aehnlichkeit derselben mit der Bürgschaft" für notwendig erachten will. Ich lasse dahingestellt, ob nach dem mitgeteilten

15) Es ist sehr bedauerlich, daß die in Rede stehende Entscheidung des Reichsgerichts den Tatbestand des damaligen Falles nicht mitgeteilt hat. Gerade hier wäre dies notwendig gewesen, um ein Simile für andere zweifelhafte Fälle zu haben. Ohne Tatbestand ist die Entscheidung doch nur doktrinär. Nur sozusagen unter der Hand erfährt man, wie der Fall damals gelegen haben soll (Deutsche Juristenzeitung, 1902, S. 168). Die Verklagte soll dem Kläger, der dem Sohne der Verklagten Waren geliefert hatte, erklärt haben, das Geschäft gehöre ihr, gehe auf ihren Namen, sie komme für alles auf. In dem Sprechsaal der Juristenzeitung, 1903, S. 173 wird der Fall einer kurzen Besprechung unterworfen. Der Herr Einsender hegt dort, nachdem er bemerkt hat, daß durch die Formvorschrift des § 766 der Unterschied zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag erhebliche praktische Bedeutung erlangt habe und es doch im einzelnen Falle besonders bei Uebernahme einer Haftung für zukünftige Verbindlichkeiten häufig schwer zu entscheiden sei, ob Bürgschaft oder Kreditauftrag anzunehmen, auf Grund des mitgeteilten Tatbestandes doch Zweifel an der Richtigkeit des reichsgerichtlichen Urteils. Er würde eher Bürgschaft als Kreditauftrag angenommen haben. Ich kann dem Herrn Einsender darin nur beitreten.

schlossen war. Und die Entscheidung dieser Frage bietet erhebliche Schwierigkeit bei der nirgends bestrittenen mindestens großen Aehnlichkeit der Geschäfte von Bürgschaft und Kreditauftrag. Welchen Verpflichtungswillen der Erklärende gehabt hat, inwieweit dieser überhaupt sich hat verpflichten wollen, ist die schwer zu lösende Frage des einzelnen Falles, schwer zu lösen namentlich um deshalb, weil das Interesse desselben an dem genannten Akte in der Regel unter einem Schleier verhüllt bleiben wird. Und gerade das Interesse wird bestimmend sein müssen für Art und Maß der ihm aufzuerlegenden Verantwortlichkeit. Der Richter wird sich bei seiner Entscheidung mehr nur an Aeußerlichkeiten halten können. Teils an den von der Person gewählten Ausdruck, teils wird er den Umstand entscheidend sein lassen, ob es sich um einen künftigen oder einen schon bestehenden Kredit handelt, und im ersteren Falle für Kreditauftrag stimmen, obwohl nach § 765 doch auch für eine künftige Forderung Bürgschaft geleistet werden kann. Er wird auch vielleicht darauf Gewicht legen, wer die äußere Veranlassung zum Abschlusse des Geschäfts gegeben hat. Auch die II. Kommission hat durch ihre veränderte Bestimmung über Kreditauftrag meines Erachtens eine klare Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag in der Anwendung auf den einzelnen Fall nicht erzielen können. Sagt doch selbst Planck[14]), der im übrigen mit der Fassung des § 778 einverstanden zu sein scheint, es liege ein „eigenartiges" Rechtsverhältnis (also doch wohl weder reine Bürgschaft noch reiner Kreditauftrag) vor, wenn der Beauftragte nicht die Verpflichtung, dem Dritten Kredit zu geben, eingehen wolle, sondern wenn lediglich der Auftraggeber für die Verbindlichkeit des Dritten, dem vom Beauftragten Kredit erteilt wird, einstehen solle. Und gerade dieser Fall ist unbestritten ein häufiger Fall des Kreditauftrags. Der

14) a. a. O. § 778 N. 1.

vorsichtige Anwalt wird daher auch stets seinem Klienten je nach der Stellung des letzteren zum beabsichtigten Geschäfte raten müssen, Schriftform zu geben resp. zu verlangen, und die besondere Schwierigkeit der Sache, von der ich oben sprach, wird nur dadurch im praktischen Leben in etwas gemildert werden, daß im Handelsverkehr einerseits doch die Schrift das fast ausschließlich benutzte Handwerkszeug für den Austausch von Erklärungen bildet, andererseits nach § 350 des deutschen Handelsgesetzbuchs die Bürgschaft nicht der schriftlichen Form bedarf, wenn der Bürge Vollkaufmann ist[15].

Die durch den Reichstagsbeschluß gegebene besondere Schwierigkeit hat denn auch schon sehr bald in der Praxis weitere Kreise gezogen. Gleich im Bd. 51 der Entscheidungen findet sich (S. 122 fg.) ein Urteil, das die Anwendung des § 766 auf den Fall einer kumulativen Schuldübernahme wegen „der größten Aehnlichkeit derselben mit der Bürgschaft" für notwendig erachten will. Ich lasse dahingestellt, ob nach dem mitgeteilten

15) Es ist sehr bedauerlich, daß die in Rede stehende Entscheidung des Reichsgerichts den Tatbestand des damaligen Falles nicht mitgeteilt hat. Gerade hier wäre dies notwendig gewesen, um ein Simile für andere zweifelhafte Fälle zu haben. Ohne Tatbestand ist die Entscheidung doch nur doktrinär. Nur sozusagen unter der Hand erfährt man, wie der Fall damals gelegen haben soll (Deutsche Juristenzeitung, 1902, S. 168). Die Verklagte soll dem Kläger, der dem Sohne der Verklagten Waren geliefert hatte, erklärt haben, das Geschäft gehöre ihr, gehe auf ihren Namen, sie komme für alles auf. In dem Sprechsaal der Juristenzeitung, 1903, S. 173 wird der Fall einer kurzen Besprechung unterworfen. Der Herr Einsender hegt dort, nachdem er bemerkt hat, daß durch die Formvorschrift des § 766 der Unterschied zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag erhebliche praktische Bedeutung erlangt habe und es doch im einzelnen Falle besonders bei Uebernahme einer Haftung für zukünftige Verbindlichkeiten häufig schwer zu entscheiden sei, ob Bürgschaft oder Kreditauftrag anzunehmen, auf Grund des mitgeteilten Tatbestandes doch Zweifel an der Richtigkeit des reichsgerichtlichen Urteils. Er würde eher Bürgschaft als Kreditauftrag angenommen haben. Ich kann dem Herrn Einsender darin nur beitreten.

Tatbestande wirklich eine kumulative Schuldübernahme vorlag. Kumulative Schuldübernahmen durch Vertrag sind selten. Wenn der dortige Verklagte, um Vergehungen seines verschwundenen Sohnes nicht aufdecken zu lassen, dem vielleicht betrogenen Kläger das Versprechen gab, für die Schulden seines Sohnes aufkommen zu wollen, und der Kläger dies Versprechen acceptierte, so brauchte damit die Annahme einer privativen Schuldübernahme seitens des Verklagten noch nicht ausgeschlossen zu sein. Dem Kläger konnte an der Fortexistenz seiner Forderung an den Sohn des Verklagten doch wohl nichts gelegen sein, nachdem dieser verschwunden war, und es lag doch sehr nahe, in dem Abkommen einen Verzicht des Klägers auf diese Forderung zu finden, nachdem der Verklagte, der Vater, selbst die Berichtigung derselben zugesagt hatte. Der Kläger hatte für diesen Anspruch an den Verklagten auch einen Drücker, eine gewisse Sicherheit in der Hand, die Anzeige an den Staatsanwalt, falls der Verklagte seinem Versprechen nicht nachkommen würde. Andererseits hatte der letztere sein Versprechen wohl nur unter der Voraussetzung gegeben, daß der Kläger nicht nur augenblicklich, sondern auch für später Schweigen beobachten werde. Sonst sollte doch wohl der Verklagte zu einer Rückforderung der etwa geleisteten Zahlung berechtigt sein. Bei einer dem entsprechenden Auffassung des Tatbestandes hätte aber unzweifelhaft nur eine privative Schuldübernahme vorgelegen. Die Forderung an den Sohn wäre definitiv beseitigt gewesen und an deren Stelle eine solche an den Verklagten, allerdings nur in bedingter Weise, getreten, resp. wenn man will, der Verklagte hätte bedingt die Schuld seines Sohnes übernommen. Aber hiervon abgesehen: die neuere Entscheidung des Reichsgerichts hatte in der Frage der Form des Geschäfts einer kumulativen Schuldübernahme ganz dieselbe Erwägung für durchschlagend erachtet, die die ältere in der Frage der Form

des Kreditauftrags auch erhoben, aber nicht für durchschlagend erachtet hatte, weil Kreditauftrag zunächst nicht Bürgschaft, sondern Mandat und deshalb formfrei sei. Daß der Kreditauftrag nach seiner Ausführung doch eine gefährliche Sache für den Auftraggeber werden kann, daß also die Gefahr, der das Reichsgericht sonst begegnen zu müssen glaubte, hier geradezu zugelassen, heraufbeschworen werden kann, durfte nicht kümmern. Im übrigen scheint mir der Widerspruch zwischen den beiden erwähnten Entscheidungen einleuchtend zu sein. Er wäre nur dann nicht vorhanden, wenn die neuere Entscheidung kumulative Schuldübernahme der Bürgschaft nicht bloß ähnlich, sondern gleich gesetzt hätte. Daß man beim Kreditauftrage den Gedanken einer Gefahr nicht hat wirken lassen wollen, ist eine übermäßige Betonung der Form gegenüber dem Wesen der Sache.

Auch die neuere Entscheidung hat Widerspruch gefunden[16]). Teils hat man für dieselbe wenigstens eine andere Begründung versucht. Als abstraktes Schuldversprechen, als Schenkungsversprechen[17]). Diese letzteren Versuche dürften aber wohl als mißlungen angesehen werden[18]). Aber wie steht es überhaupt mit der vom Reichsgerichte behaupteten größten Aehnlichkeit zwischen kumulativer Schuldübernahme oder Bürgschaft? Wo fängt die „größte Aehnlichkeit" an? Und in einem, meines Erachtens erheblichen Punkte scheint mir große Unähnlichkeit zu sein. Der Bürge hat, wenn er gezahlt hat, Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner, und zwar nach gesetzlicher Ordnung kraft seiner Zahlung. In dem Begriffe der kumulativen Schuldübernahme ist an sich ein solches Recht nicht enthalten. Es muß im einzelnen Falle besonders bedungen sein. Und es ist dann auch nicht die alte Forderung des Gläubigers, die auf

16) So Staub, Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 19.

17) So im „Recht", 1903, S. 286, 287, 335.

18) Vergl. Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 422 fg.

den Schuldübernehmer übergeht, sondern eine Forderung lediglich aus dem Verhältnisse zwischen Erstschuldner und Schuldübernehmer. Bei dem Mangel eines gesetzlichen Regreßrechts des letzteren müßte aber doch in der Theorie die mit der Schuldübernahme vorhandene Gefahr noch viel höher eingeschätzt werden, als die Gefahr bei der Bürgschaft, und man dürfte mit Recht fragen, warum denn hier keine ausdrücklich durch das Gesetz angeordnete Sicherheitsmaßregel nach § 766?

Die Aehnlichkeit zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme besteht meines Erachtens darin, daß beide selbständige Interzessionsformen sind. Und wenn nun in der zweiten Entscheidung der allgemeinere Gedanke für wiedergegeben angesehen werden muß, daß Interzession die Schriftform erfordere, wie kann da die erste Entscheidung den Kreditauftrag, der materiell auch Interzession ist, formfrei lassen wollen? Und müßte nun nicht auch die sog. privative Schuldübernahme der Schriftform bedürfen? Sie ist aber wohl unzweifelhaft formfrei [19]).

Die Sache wäre meines Erachtens noch zu verstehen, wenn § 766 ein kategorischer Imperativ des Gesetzes wäre, wenn unter allen Umständen die Strafe einer absoluten Nichtigkeit des Geschäfts auf einem leichtfertigen Außerachtlassen der Schriftform lastete, das Gesetz also objektiv die Gefahr hätte bekämpfen wollen. Das Gesetz will indessen nur einen sanften Zwang. Er weicht, wenn die einzelne Person ihn perhorresziert, wenn sie also durch Erfüllung des in der Form mangelhaften Geschäfts der Gefahr mutig ins Auge schauen will (§ 766 Satz 2) [19a]).

---

19) Planck, Kommentar zum B.G.B., Bd. 2 S. 199 N. 3.

19a) Die gedachte Entscheidung des Reichsgerichts schüttet sozusagen das Kind mit dem Bade aus. Anders und meines Erachtens richtiger entscheidet Hellwig (Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 177 N. 348) die

Ich komme zu dem zweiten, oben in der in Rede stehenden Entscheidung des Reichsgerichts ausgesprochenen Rechtssatze, wonach zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft ein materieller Unterschied bestehen soll. Worin besteht derselbe und wie ist namentlich der Kreditauftrag zu definieren? Das Reichsgericht verwirft die von der I. Kommission zur Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs festgehaltene Anschauung, daß Kreditauftrag mit Kreditbürgschaft identisch sei, und hat sich mit der II. Kommission und auf Grund der Fassung des § 778 dafür erklärt, daß Kreditauftrag ein aus Mandat und Bürgschaft gemischtes Rechtsinstitut sei, und zwar in der Weise gemischt, daß vor der Kreditgewährung die Grundsätze des Mandats, nach der Gewährung die der Bürgschaft zur Anwendung zu kommen hätten. Ich habe schon oben ausgeführt, daß die Möglichkeit einer solchen Anwendung der Mandats- und der Bürgschaftsgrundsätze hintereinander überhaupt in dem Falle nicht vorhanden sein kann, daß das Faktum der Kreditgewährung, und das heißt der tatsächlichen Hingabe des Geldes, der Ware an den Dritten vor dem Auftrage liegt. Aber abgesehen hiervon: ein Rechtsverhältnis, das bei seiner Entstehung Mandat war, kann doch unmöglich an seinem Ende Bürgschaft sein[20]). Es wäre dies eine Metamorphose

Sache dahin, daß die kumulative Schuldübernahme an sich nicht, und nur wenn sie Maske für eine gewollte Bürgschaft sei, der Schriftform bedürfe. Aber dies ist nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes: plus valere, quod actum, quam quod scriptum sit. Hellwig hätte daher meines Erachtens gar nicht nötig gehabt, seine Entscheidung noch darauf zu stützen, daß im Falle solcher Maskierung ein Handeln in fraudem legis vorliege. Dies um so weniger, als im Satz 2 § 766 doch eigentlich der Gedanke zum Ausdrucke gebracht ist, daß das Gesetz sich auch unter Umständen einmal täuschen lassen wolle.

20) Das ist nicht zu scharf gesagt, wenn Dernburg (a. a. O. S. 361) den Kreditauftrag vor der Kreditgewährung nur den Regeln des Mandats auch in Beziehung auf die Form unterstellt und man mit ihm

ohne Beispiel im objektiven Rechte. Von festen Kategorien der Rechtsgeschäfte könnte dann hier wenigstens nicht mehr die Rede sein. Rothenberg[21]) findet das Wesen des Kreditauftrags und seine Verschiedenheit von der Bürgschaft in zwei Momenten, von denen das eine meines Erachtens offenbar bedeutungslos ist. Das letztere Moment soll darin liegen, daß beim Kreditauftrag das Kreditieren auf Veranlassung des Auftraggebers[22]) geschehe, während es für die Bürgschaft ganz unerheblich sei, ob der Bürge den Anlaß zur Kreditgewährung gegeben habe. Damit legt er einem für die rechtliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses ganz unerheblichen Momente eine ausschlaggebende Bedeutung bei. Wie der Wille des Mandanten zur Erteilung seines Auftrags entstanden ist, ist dem Rechte völlig gleichgültig. Richtig ist daran nur, daß dieser Wille vorher entstanden und erklärt sein muß, ehe von einer Annahme des Auftrags seitens des Beauftragten im technischen Sinne geredet werden kann, und daß der letztere seinerseits nicht offerieren, nur annehmen kann. Im übrigen geschieht es aber im Handelsverkehr sehr oft, daß gerade der Beauftragte die erste, äußerliche Veranlassung zur Erklärung eines solchen Willens des Auftraggebers gegeben hat[23]). Ein Kaufmann bittet den anderen schriftlich um Auftrag, Anstellung in dieser oder jener Sache, und der Auftrag, die Anstellung wird dem-

---

für die Zeit nach der Kreditgewährung anzunehmen hat, daß der Auftraggeber nicht bloß wie ein Bürge hafte, sondern auch seinerseits alle Rechte eines solchen, insbesondere das beneficium excussionis und cessionis hat.

21) Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 77 S. 323 fg. — Ich muß mich hier eingehender mit seiner Arbeit beschäftigen, weil dieselbe bei den Beratungen der II. Kommission und auch im reichsgerichtlichen Urteile ausdrücklich herangezogen ist.

22) Die Veranlassung kann übrigens weiter außer beim Beauftragten auch bei einem Dritten, so beim Schuldner, liegen.

23) So auch Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., § 302 N. 3, und Planck, Kommentar, N. 1 zu § 662 B.G.B.

entsprechend erteilt. Nur für den Inhalt eines solchen Geschäfts kann unter Umständen die erstgängige Erklärung des Beauftragten besondere Bedeutung gewinnen.

Nicht durchschlagend ist auch das zweite Moment Rothenbergs. Während Wesen und Zweck der Bürgschaft (Kreditbürgschaft) in der Sicherstellung des Gläubigers wegen seines Anspruchs an den Dritten bestehe, sei beim Kreditauftrag die Absicht der Sicherstellung des Gläubigers ganz außerwesentlich und zunächst keineswegs vorherrschend. Der Kreditauftrag bilde demgemäß eine Mittelstufe zwischen Rat und Empfehlung einer- und Kreditbürgschaft andererseits. Im ersteren Falle fehle jeder Wille zur Garantieleistung, im letzteren Falle sei er vorhanden. In der Mitte zwischen beiden Fällen stehe der Kreditauftrag, da er den Willen des Kreditmandanten, Garant zu sein, keineswegs zur notwendigen Voraussetzung habe. Diese Ansicht Rothenbergs ist meines Erachtens nur insofern richtig, als bei der Bürgschaft (und zwar bei der für eine schon bestehende Schuld) der Garantiewille (sofern die Bürgschaft selbst nicht bedingt erklärt ist) ein unbedingter sein muß, bei dem (noch nicht vollzogenen) Kreditauftrag solcher Wille aber nur als eventuell gedacht werden kann. Aber Rat und Empfehlung sind von diesen beiden Fällen gleich weit entfernt. Rat und Empfehlung verpflichten an sich überhaupt nicht (§ 676 B.G.B.), weder unbedingt, noch bedingt. Ganz außerwesentlich wäre die Absicht der Sicherstellung des Gläubigers beim Kreditauftrag aber nur dann, wenn dem Beauftragten sofort nach vollzogenem Auftrage die actio mandati contraria gegen den Auftraggeber auf Ersatz der Unkosten zustehen würde. So ist es aber nach der Novelle 4 und heutzutage nicht mehr. Indem jener zunächst die actio mandati contraria gar nicht gebrauchen kann, sondern sein Glück erst bei seinem Schuldner versuchen muß, vollzieht eine solche Ordnung der Sache objek-

tiv den Gedanken der Garantie, ganz gleich, ob derselbe dem Auftraggeber dabei zum Bewußtsein gekommen ist oder nicht. Daß nach Rothenberg der Kreditmandant nicht schon in irgend welcher Weise Garant für die Sicherheit des Gläubigers sein soll, dazu hat ihm offenbar der Umstand als Unterlage gedient, daß der Auftraggeber immer noch das Recht des Widerrufs habe. Und dieses Recht soll er nach Rothenberg immer haben. Er soll nicht darauf verzichten können, weil nach allgemeinen Grundsätzen des Mandats das Recht des Widerrufs ein unverzichtbares Recht sei und darin die inneren, für den Gesetzgeber zwingenden Gründe lägen, aus denen dem Auftraggeber Widerruf (bis zur Kreditgewährung) vorbehalten bleiben müsse. Rothenberg spricht sogar davon, daß dies ein zwingender Rechtssatz sei. Im technischen Sinne kann von einem zwingenden Rechtssatze, d. h. einem Rechtssatze juris publici wohl nicht die Rede sein. Zwingend ist dieser Rechtssatz nur insofern, als die Widerruflichkeit ein gesetzliches Moment im Begriffe des Mandats bildet. Wird auf Widerruf verzichtet, so gehört das Rechtsgeschäft überhaupt nicht in den Rahmen eines Mandats, ist von vornherein ein anderes, anders zu charakterisierendes Rechtsgeschäft. Als Mandat wäre der Akt nichtig. Wenn es nun aber im einzelnen Falle trotz dieser Nichtigkeit später zu einer wirklichen Kreditgewährung seitens des Beauftragten gekommen sein sollte, so läge theoretisch die Verbindung eines nichtigen Mandats mit einer gültigen Bürgschaft vor. Was solchenfalls allein rechtliche Wirkung hat, ist also doch der Bürgschaftsgedanke, und schon vor der Kreditgewährung lag also doch eine gültige, wenn auch auf eine erst zukünftige Forderung gerichtete Bürgschaft vor. Die eigentliche Konsequenz aus seiner Auffassung hat Rothenberg aber gar nicht gezogen. Sie müßte notwendig dahin gehen, daß, weil der Rechtsakt des Mandats ungültig, er auch weiter ein Bürg-

schaftsverhältnis nicht erzeugen könne. Der Auftraggeber müßte daher auch nach der Kreditgewährung seitens des Beauftragten jede Regreßforderung des letzteren wirksam ablehnen können. Das wäre die durchschlagende Wirkung des nichtigen Mandats. Kommt aber in solchem Falle trotzdem doch noch eine Bürgschaft zu stande, so kann auch ein gültiges Mandat, ein Mandat, bei dem dem Auftraggeber Widerrufsrecht vorbehalten ist, die Entstehung eines Bürgschaftsverhältnisses schon vor der Kreditgewährung nicht ausschließen. Und da die Rechtsfolgen der Sache sich nur aus dem Bürgschaftsgedanken herleiten lassen, so ist in diesem Falle das Mandat auch nur Schein.

Für den Doppelcharakter des Kreditauftrags, wirkliches Mandat bis zur Kreditgewährung, nachher Bürgschaft, will nun Rothenberg auch Analogien im sonstigen Rechte gefunden haben. So soll zunächst die Zahlung des Bürgen an den Gläubiger den Doppelcharakter einer Befriedigung des letzteren und zugleich den eines Erwerbsgrundes der bezahlten Forderung für den Bürgen bilden. Die Analogie trifft meines Erachtens aber um deshalb nicht zu, weil hier ein und derselbe Rechtsakt zugleich, nicht wie beim Kreditauftrag erst in seiner weiteren Entwickelung einen doppelten Charakter aufweist. Aber völlig unvergleichbar ist die Sache hauptsächlich deswegen, weil es sich im Falle der Zahlung durch den Bürgen um eine Wirkung dieses Aktes für und gegen zwei verschiedene Personen handelt, die notwendig auch verschieden sein muß, während die rechtlichen Wirkungen des Kreditauftrages immer auf dieselben Personen beschränkt bleiben. Der Erwerb der Forderung durch den Bürgen ist keine notwendige Konsequenz aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestandenen Rechtsverhältnisse. Notwendig ist nur die Lösung des letzteren infolge Befriedigung des Gläubigers. Beim Kreditauftrage ist dagegen die Entstehung eines Bürgschaftsverhältnisses nach

Rothenberg die notwendige Folge, falls er in seiner Entwickelung nicht abgebrochen wird, es also zur Kreditgewährung gekommen ist.

Der andere analoge Fall eines Doppelcharakters der Rechtshandlung soll nach Rothenberg in dem dem Gerichtsvollzieher behufs Zwangsvollstreckung erteilten Auftrage des Gläubigers liegen. Der Gerichtsvollzieher sei hier zugleich öffentlicher Beamter und Beauftragter des Gläubigers. Aber hier liegt nun gar keine Kombination privatrechtlicher Verhältnisse vor. Dem Schuldner gegenüber übt der Gerichtsvollzieher lediglich die Zwangsgewalt des Staates als öffentlicher Beamter aus, und nur das Verhältnis zum Gläubiger würde als ein privatrechtliches zu charakterisieren sein. Keinenfalls ist er in dem Momente, in dem er die Schuldsumme beigetrieben hat, etwa Beauftragter des Schuldners zur Abführung des Geldes an den Gläubiger und zugleich ein solcher des Gläubigers zur Aushändigung des Geldes an diesen. Wenn, wie das Reichsgericht[24]) sagt, bei einem solchen Auftrage des Gläubigers die Grundsätze über das Mandat insoweit Modifikationen erleiden müssen, als solche durch das öffentliche Amt des Gerichtsvollziehers und durch die rechtlichen Normen über Gegenstand, Maß und Form der Zwangsvollstreckung erforderlich erscheinen, so bezieht sich dies doch nur auf den Inhalt des dem Gerichtsvollzieher zu erteilenden Auftrags und hat nur die Bedeutung, daß der letztere Aufträge ablehnen kann, ja bei Vermeidung disziplinarischer Ahndung ablehnen muß, die im Widerspruche mit den Gesetzen oder sonstigen Verordnungen des Vollstreckungswesens stehen. Hätte er aber doch in solchem Widerspruch Auftrag angenommen und ausgeführt, hätte er z. B. bei Nachtzeit eine Vollstreckungshandlung mit Erfolg vorgenommen, so würde er nichtsdesto-

24) Entscheidungen für Civilsachen, Bd. 16 S. 396 fg.

weniger zur Abführung der beigetriebenen Schuldsumme an den Gläubiger verpflichtet bleiben[25]). Und deshalb kann auch der Schuldner die auf solche unvorschriftsmäßige Weise von ihm beigetriebene Schuldsumme nicht etwa vom Gerichtsvollzieher oder Gläubiger zurückfordern. Selbst in dem Falle nicht, daß der letztere ausdrücklich Auftrag zu solcher unvorschriftsmäßigen Zwangsvollstreckung gegeben hätte. Und dazu müßte er doch berechtigt sein, wenn die Kraft des dem Gerichtsvollzieher erteilten Auftrags sich an der öffentlichrechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers und seinen hieraus resultierenden Verpflichtungen brechen könnte.

Der Kreditauftrag ist also nach Rothenberg (und so auch nach der Auffassung der II. Kommission und des Reichsgerichts) lediglich dasjenige Geschäft, bei dem der Auftraggeber (vorbehaltlich seines Widerrufsrechts) dem Beauftragten (dem gleichfalls sein Kündigungsrecht vorbehalten bleibt) zunächst einen von dem letzteren angenommenen, und damit ihn verpflichtenden Auftrag auf künftige Kreditgewährung an eine dritte Person erteilt. Denn so will es die Lehre vom Auftrage. Nach Rothenberg kann sogar, wie gesagt, der Auftraggeber auf Widerruf, und auch der Beauftragte auf Kündigung nicht verzichten. Aber nach einer Richtung hat Rothenberg doch eine bemerkenswerte Abweichung von diesem Mandatsbegriffe zugelassen. Darin, daß sich der Beauftragte dem Auftraggeber nicht immer zur Kreditbewilligung zu verpflichten brauche, ohne daß darum dem Geschäfte der Charakter des Kreditauftrags in seinem, Rothenbergs Sinne entzogen wäre (S. 333). Ist aber in dem letzteren Falle trotz seiner Inkongruenz mit der Mandatstheorie ein

25) Daß der Schuldner die Ausführung einer gesetz- oder verordnungswidrigen Zwangsmaßregel durch Beschwerde eventuell ganz hintertreiben kann, ist Sache für sich.

Kreditauftrag im Sinne des § 778 vorhanden, so muß von einem Kreditauftrage auch dann noch gesprochen werden dürfen, wenn dabei unter weiterer Abweichung von den Regeln des Mandats zugleich der Auftraggeber zu den Konsequenzen seines Auftrags, d. h. zur Garantieleistung für den dem Dritten durch den Beauftragten zu gewährenden Kredit sich unbedingt verpflichtet und das heißt, daß er gesetzlich ein Widerrufsrecht nicht hat. Ist einmal von den Regeln des Mandats abgewichen, so kann auch eine zweite Abweichung nicht in Betracht kommen. Und wenigstens einer der beiden Interessenten muß ja auch Verpflichtungsstellung haben, wenn die Sache überhaupt noch Kontrakt sein soll. Aber Mandat im ursprünglichen Sinne ist die Sache in dem letzteren Falle auch nicht mehr. Ganz allein und primär verpflichtet ist nur der Auftraggeber und wenn der Auftragnehmer auf Grund der Erklärung des ersteren handelt, handelt er, als in keiner Weise gebunden, mit Gewährung des Kredits in seinem eigenen Interesse. Für sein Handeln ist die Erklärung des Auftraggebers nur Motiv. Ein **mandatum tua tantum gratia.**

Aber weiter: Dieser letztere Fall ist auch im praktischen Leben der häufigere. Gilt doch für den heutigen Verkehr noch das Hansemannsche Wort: in Geldsachen hört die Gemütlichkeit auf. Der heutige, so vielfach verzweigte, aus Debet und Kredit bestehende Verkehr verlangt feste Unterlagen. Er muß für die Zukunft sicher disponieren können. Was kann dem Kaufmann ein Kreditauftrag nützen, der, wenn heute gegeben, morgen von Rechts wegen wieder zurückgenommen werden kann? Die alten Römer freilich kannten ein Wirtschaftsleben, wie unser heutiges moderne nicht. Ihnen konnte die Verwendung des Mandatsbegriffes als Mittel zur Erreichung der ökonomischen Zwecke der Bürgschaft genügen und das eigentlich Charakteristische an dem Mandatsgeschäfte ist ja auch, daß die Rechte und Verpflichtungen, die dasselbe zunächst

erzeugt, so elastisch, von solcher Biegsamkeit sind, daß man es als einen Vertrag auf Gefälligkeit, auf Freundschaft bezeichnen konnte[26]). Speziell für den großen Handelsverkehr ist die zuletzt erwähnte Form eines Kreditauftrags wohl die allein zweckentsprechende und gebräuchliche. Nach Thöl (Handelsrecht, S. 1011) ist der kaufmännische Kreditauftrag nicht nach den reinen Grundsätzen des Mandats zu bestimmen. Die Mandatserteilung enthält nach ihm der Sache nach vielmehr eine Interzessionserklärung, also eine einseitig den Mandanten verpflichtende Erklärung. Damit ist dann denn der Auftrag allerdings zu einer bedeutungslosen Form geworden[27]). Ob ein solcher Kreditauftrag nach Art eines gewöhnlichen Mandats durch Widerruf seitens des Auftraggebers erlöschen kann, darüber hat sich Thöl nicht ausdrücklich ausgelassen. Er will aber ohne Zweifel die Frage wohl verneinen. Denn wenn er annimmt, daß der Auftraggeber auf Grund einer Erlöschungsklausel (also einer besonders gesetzten Bedingung) seine Haftungsverbindlichkeit auf eine bestimmte Zeit beschränken könne, so ist daraus eben zu schließen, daß er ein Erlöschen schon auf Grund eines gesetzlich dem Mandanten zustehenden Widerrufsrechts nicht anerkennen will[28]).

---

26) Vergl. l. 1 § 4 D. 17, 1 bei Windscheid, Pandekten, § 409 N. 6. Dort wird auch der Gegensatz, der Vertrag auf Verdienst, merces, das Handelsgeschäft erwähnt.

27) Das ist meines Erachtens auch der Kern der Sache bei Staub, wenn er auch sonst den Mandatsstandpunkt urgiert. Er behauptet (Kommentar zum deutschen H.G.B., Bd. 2 S. 1081), daß, wenn mit dem Kreditauftrage eine Empfehlung verbunden sei, die Empfehlung integrierender Bestandteil des Kreditauftrags und nur die Form sei, in der sich der Kreditauftrag vollziehe. Ein Auftrag, dem eine Annahme desselben nicht zu folgen braucht, bei dem sich also der Auftraggeber einseitig gleich einem Bürgen verpflichtet.

28) So auch die oben zitierte Entscheidung des früheren Obertribunals bei Striethorst, Bd. 62, unter der Voraussetzung, daß der Mandant

In Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis der Gesetzgebung ist der Kreditauftrag insofern unterschiedlich von der Bürgschaft behandelt, als das Bürgerliche Gesetzbuch eine besondere, lediglich auf den Kreditauftrag bezügliche Norm gegeben hat. Die Begründung des I. Entwurfs hatte (Bd. 2 S. 682 fg.) die Vorfrage aufgeworfen, ob denn nicht eine solche besondere Norm überhaupt entbehrlich sei. Der Kreditauftrag könne im einzelnen Falle ein wahres Mandat im juristisch-technischen Sinne sein. Er könne aber auch die Bedeutung einer allein den Auftraggeber verpflichtenden Garantiezusage für den dem Kreditgeber aus der Kreditgewährung etwa entstehenden Schaden haben[29]). Für die Entbehrlichkeit solcher Bestimmungen macht die Begründung daher richtig geltend, daß es in jedem einzelnen Falle auf das quod actum est ankommen müsse. Gleichwohl will sie aber doch wieder von vornherein jede Anwendbarkeit des reinen Mandatsbegriffes auf das Kreditauftragsverhältnis um deshalb verwerfen, weil diese Anwendung zu Folgen führen würde, an die im praktischen Leben nicht gedacht werde. Die Begründung will daher den Kreditauftrag immer als eine Bürgschaft aufgefaßt wissen, obgleich sie sich dafür eben nur wieder auf das quod actum est des einzelnen Falles berufen kann. Denn, so meint sie, diese Auffassung stehe im Einklang mit dem regelmäßigen Parteiwillen[30]). Rothenberg seinerseits gibt, wie schon er-

---

bei seiner Erklärung eine bestimmte künftige Forderung des Mandatars im Auge gehabt hat.

29) Einen dritten Fall erwähnt die Begründung zunächst gar nicht: den, daß durch gegenseitigen Vertrag sich sowohl der Beauftragte zur Kreditgewährung, als auch der Auftraggeber zur Garantieleistung verpflichtet hat.

30) Wie man sieht, ist die Begründung doch nicht ganz frei von einem gewissen Widerspruche und als ihre weiteren (offenbar unzureichenden) Gründe für eine besondere Normierung des Kreditauftrags bleiben nur

wähnt, zu, daß im einzelnen Falle der Kreditmandatar sich zur Kreditgewährung nicht verpflichtet haben könne, und doch soll das Geschäft auch bei ihm noch auf den Namen eines Kreditauftrags als eines Auftrags im gesetzlichen Sinne gehen können[31]). Was den vorerwähnten dritten Fall anlangt, so kann man auch hier von einem Kreditauftrage als dem wesentlichen Inhalte eines solchen Geschäfts sprechen, obgleich beide Teile von vornherein gebunden sind, der Beauftragte an die Kreditgewährung, der Auftraggeber an die Garantieleistung dafür. Der Kreditauftrag kann danach in die Form eines einseitigen Vertrags in der Weise gekleidet sein, daß entweder nur der Auftraggeber oder nur der Beauftragte primär Verpflichtungsstellung hat. Er kann aber auch in einem gegenseitigen Vertrage seinen Ausdruck gefunden haben. Denn wenn ein Kreditauftrag auch schon in dem Falle vorliegt, daß nur der Auftraggeber resp. der Beauftragte gebunden ist, so ist es indifferent, wenn weiter auch noch der Gegenteil gebunden wird. Die Begründung des I. Entwurfs redet davon, daß heutzutage die Verwendung der Mandatsform beim Kreditauftrage eine bedeutungslose Sache geworden sei. Der Gedanke ist an sich gewiß richtig. Aber nur weniger aus dem Grunde, den die Begründung dabei im Sinne hat, daß nämlich eine Pflicht des Auftraggebers zur Entschädigung des Beauftragten, die nach der Norm des Auftrags nur als sekundär gedacht werden

---

übrig, seine große Bedeutung für den Handelsverkehr und die Tradition der Gesetzgebung, denselben besonders zu normieren.

31) Planck (a. a. O. Bd. 2 S. 522) bezeichnet das Geschäft, bei dem sich nur der Auftraggeber, wenn der Beauftragte den Kredit erteilt hat, für die Verbindlichkeit des Dritten verpflichtet hat, zwar als ein „eigenartiges", will aber dasselbe doch auch unter den Begriff eines Kreditauftrags nach dem Sinne des § 778 subsumieren und daher auf dasselbe auch die Normen des Auftrags in Beziehung auf Widerruf und Kündigung angewendet wissen.

konnte, nunmehr auch ohne Beachtung der Stipulationsform primär festgestellt werden kann, als meines Erachtens vielmehr um deshalb, weil die Begründung einer solchen primären Verpflichtung auch durch gegenseitigen Vertrag erfolgen kann, damit aber auch jede Nötigung zur Anwendung der Rechtsfigur des einseitigen Mandats weggefallen ist[32]).

Ein besonderes Rechtsinstitut mit festen charakteristischen Zügen, mit einem ein für allemal feststehenden Maße von Rechten und Pflichten der Interessenten ist danach der Kreditauftrag nicht und jede Bestimmung des Begriffs von Kreditauftrag ist, wie sich die Begründung (a. a. O.) ausdrückt, nur Dispositivvorschrift, die nach dem Parteiwillen des einzelnen Falles der Abänderung unterliegt. Dies gilt für die vom I. Entwurfe angenommene Charakterisierung des Geschäfts als Bürgschaft ebenso wie für das aus Mandat und Bürgschaft gemischte Geschäft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es würde auch gelten für eine Theorie, die den Kreditauftrag lediglich als ein reines Mandat bestimmen wollte. Die Begründung verlangt eine dispositive Vorschrift auch nur um deshalb, weil es in vielen Fällen zweifelhaft bleibe, ob nur eine allein nach den Regeln der Bürgschaft zu beurteilende Kreditbürgschaft oder ein ausschließlich unter das Mandat fallendes Rechtsverhältnis oder ein aus Mandat und Bürgschaft gemischtes Verhältnis anzunehmen sei, bezw. wie bei Annahme eines solchen gemischten Verhältnisses die einen oder die anderen Regeln den Vorzug hätten. Eine solche dispositive Vorschrift scheint mir ohne Wert zu sein. Sie ist nicht im stande, im einzelnen

32) Wenn Rothenberg den erwähnten Gedanken der Begründung überhaupt nicht gelten lassen will, weil nach römischem Rechte ein Kreditauftrag post creditam pecuniam nichtig sei (S. 336), so trifft dieser Einwurf, abgesehen davon, daß er nach heutigem Rechte nicht mehr richtig sein dürfte, doch nicht die Form, sondern die Sache selbst.

Falle den Parteiwillen klarzustellen, noch weniger sozusagen, zu korrigieren. Soll sie in zweifelhaften Fällen zunächst maßgebend sein, so kann sie doch niemals den Richter von der Verpflichtung entbinden, nach dem wahren Willen der Parteien zu forschen.

Der Begriff des Kreditauftrags ist ein Laienbegriff, hergenommen lediglich aus dem ökonomischen Zwecke der Sache ohne Rücksicht auf die juristische Form derselben. Und das Bürgerliche Gesetzbuch setzt meines Erachtens die Form der Sache beiseite, wenn es als Kriterium eines Kreditauftrags eine (unwiderrufliche) Verpflichtung des Auftraggebers lediglich ex re, aus der Tatsache der Kreditgewährung bestimmt, ohne Rücksicht darauf, wie vorher Recht und Pflicht desselben etwa gelegen haben mögen. Die Form des Mandats als einer einseitigen Vertragskategorie kann heutzutage auch zurückgestellt werden [33]), weil von der Anwendung dieser Form nicht mehr wie früher, namentlich im römischen Rechte, die Gültigkeit des ganzen Geschäfts abhängt. Ist heute schon ein einseitiger Vertrag, in dem der eine Teil sich zur Gewährung eines Kredits an einen Dritten dem anderen Teile gegenüber verpflichtet, als pactum in favorem tertii zweifellos rechtswirksam [34]) (§ 328 B.G.B.), ohne daß eine Natur desselben als Mandat dabei in Betracht käme, so muß dies umsomehr auch für einen gegenseitigen Vertrag gelten, in dem einerseits eine Verpflichtung zur Kreditgewährung, andererseits zur Garantieleistung dafür verabredet ist. Ein solcher Vertrag hat bei seinem Charakter als

33) Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, 1 S. 365 macht denn auch die meines Erachtens richtige Bemerkung, daß die unmittelbare Anwendung des § 662 B.G.B. im heutigen Rechtsleben sehr selten sei.

34) Rechtswirksam nicht bloß dem Dritten, sondern auch dem Gegenkontrahenten selbst gegenüber. § 335 B.G.B. Dernburg, a. a. O. Bd. 2, 1 S. 237; Planck, a. a. O. Bd. 2 S. 107.

gegenseitiger jede Erinnerung an das Mandat abgestreift, und eine freie (gesetzliche) Widerruflichkeit desselben von seiten des Garanten ist logisch unmöglich, weil eine solche auch die des Garantieempfängers und damit eine Widerruflichkeit des Kreditgewährungsversprechens überhaupt zur Folge haben müßte. Ist der Garantieempfänger selbst aber unbedingt verpflichtet, so muß es bei dem Charakter als gegenseitiges Geschäft auch der Garant der Forderung sein. Auch er muß zu einer unbedingten Garantieleistung verbunden sein[85]). So ist meines Erachtens die Sache zu beurteilen, wenn das Interesse am Geschäft lediglich beim Garanten oder dem Dritten liegt. Betätigt das Geschäft lediglich ein Interesse des Garantieempfängers, so hängt es natürlich allein von seiner Entschließung ab, ob der betreffende Vertrag zur Erfüllung gelangen, ob also auch dem Dritten eine Kreditgewährung zu Gute kommen soll oder nicht. Der Zweck des Vertrags (§ 328 B.G.B.) ist auch hier der Regulator der Sache. Aber wenn der Garantieempfänger Garantieleistung beanspruchen will, muß er auch seinerseits den Kredit an den Dritten gewähren resp. gewährt haben. Planck (a. a. O. Bd. 2 S. 410) bemerkt, daß sich nicht selten mit einem Auftrage ein Garantieversprechen verbinde, sei es, daß der Beauftragte die Gewähr für die Besorgung des Geschäfts übernimmt, sei es, daß der Auftraggeber jenem für Schadloshaltung einzustehen verspricht, und er erklärt einen solchen Vertrag für einen den allgemeinen Regeln über obligatorische Verträge unterstehenden. Mit der letzteren Bemerkung will er offenbar eine unitas actus der Sache behaupten und er erwähnt denn auch an

85) Anderenfalls wäre der Akt überhaupt ein Nichts, wie es ein Nichts wäre, wenn zwar der Verkäufer einer Sache unbedingt Uebergabe und Eigentum derselben zugesagt, der Käufer aber nur unter (gesetzlichem) Widerrufsrechte Zahlung des Preises versprochen hätte.

anderer Stelle (Anm. 2 § 671 B.G.B.), daß es sich in den meisten Fällen, in denen der Auftraggeber auf Widerruf verzichtet habe (in denen er also an den Auftrag gebunden ist), in Wirklichkeit um ein anderes, nur in die Form des Auftrags gekleidetes oder von den Parteien irrtümlich als Auftrag bezeichnetes Rechtsgeschäft handele.

Was den Fall eines gegenseitigen Vertrages anlangt, so meint die Begründung, es liege, wenn der Kreditmandatar sich zur Gewährung des Kredits verpflichte, noch ein besonderer Vertrag vor, der seine eigenen Wege gehe. Allein eine solche Auffassung ist meines Erachtens unhaltbar. Sie ist aufgestellt lediglich der vom I. Entwurfe angenommenen Theorie des Kreditauftrages als eines einseitigen Rechtsgeschäfts zuliebe. Jedenfalls existiert in der Vorstellung der Kontrahenten nur ein einziger Vertrag [36]. Und was die Unabhängigkeit des sog. besonderen Vertrages anlangt, so fällt der besondere Vertrag in demselben Augenblicke, in dem es feststeht, daß es zu einer Kreditgewährung, und also auch zu einer Garantieleistung dafür nicht mehr kommt. Damit ist die unitas actus besiegelt. Mit der Behauptung, daß der besondere Vertrag seine eigenen Wege gehe, kann nur gemeint sein, daß er noch besondere Rechte und Verpflichtungen erzeugen könne, für den Kreditmandatar die Verpflichtung zur Kreditgewährung, für den Kreditmandanten das Recht auf Leistung derselben. Augenscheinlich ist die Begründung zu solcher Auffassung der Sache nur gekommen, weil sie der Meinung ist, damit wirksam die von ihr bekämpfte Theorie eines aus Mandat und Bürgschaft gemischten Rechts-

36) Auch ein Bürgschaftsvertrag braucht nicht notwendig ein einseitiger zu sein, sondern kann auch ein gegenseitiger mit Leistung und Gegenleistung sein. Und in weiterer Konsequenz fällt solcher gegenseitiger Vertrag auch unter die Formvorschrift des § 766 B.G.B. So ein Urteil des O.L.G. zu Dresden (Sächs. Archiv, Bd. 13 S. 95).

verhältnisses abgewehrt zu haben. Meines Erachtens hat sie damit der letzteren Theorie nur eine Stütze gegeben. Will man von einem besonderen Vertrage sprechen, so kann solcher Vertrag technisch-juristisch doch nur als ein sog. Vorvertrag bezeichnet werden, aus dem dann in weiterer Entwickelung der Sache der eigentliche Hauptvertrag hervorgeht.

So hat sich denn infolge der unbedingten Gültigkeit des pactum in favorem tertii und im einzelnen Falle in Verbindung mit der Theorie von dem gegenseitigen Vertrage meines Erachtens ein Umschwung der Sache vollzogen, bei dem der Rechtsfigur des Mandats ganz entraten werden kann. Damit soll nun nicht gesagt sein, daß ein Kreditauftrag nicht auch in dem Falle anzunehmen wäre, daß der Kreditgeber Widerrufsrecht, der Kreditnehmer Kündigungsrecht hat. Auch ein solches Abkommen muß Rechtsgültigkeit haben. Aber die Gültigkeit desselben, wenn es im einzelnen Falle den ökonomischen Zweck einer Forderungssicherung verfolgt, darf die Theorie nicht mehr einfach aus der gesetzlichen Lehre vom Mandat ableiten. Sein Unterschied von anderen Fällen ist nicht ein Unterschied der Institutionen, sondern der Parteidispositionen.

So viel von der Form der Sache. Ich komme auf die materielle Seite derselben. Und da meine ich, daß die Gedanken, auf denen der innere Ausbau auch noch des heutigen Mandatsinstituts beruht, im Kreditauftrage, wenn nicht völlig verschwunden, doch nur entschieden verwässert enthalten sind. Es hat dies seinen sehr natürlichen Grund in dem besonderen Gegenstande, den der Kreditauftrag behandelt. Ein Kreditversprechen ist Versprechen einer vertretbaren Sache[37]. Wenn es sonst in Gemäßheit der Regeln des Mandats sehr verständig

37) Aehnlich modifizieren sich bekanntlich auch die Grundsätze z. B. des Depositum, wenn der Gegenstand desselben eine vertretbare Sache ist (§ 700 B.G.B). Vergl. auch § 1067 B.G.B.

ist, daß der Mandant zunächst die Leistung des Mandatars abwartet und die Auftragsmäßigkeit derselben prüft, ehe er seinerseits an die Leistung der etwa entstandenen Unkosten hat denken wollen, ist die Leistung des Kreditmandatars eine solche, die eine besondere Tauglichkeit des letzteren zur Verwirklichung der Leistung nicht voraussetzt. Und auch davon, daß die Leistung, die den Inhalt eines Kreditauftrags bildet, dem Mandanten selbst auch nur größere Schwierigkeiten bereiten würde, als dem Mandatar, kann nicht wohl geredet werden. Der Kreditmandant könnte sich dies bei der Leichtigkeit und Schnelligkeit der heutigen Verkehrsweise und bei der Ausbildung und Organisation unseres Bankwesens allenfalls selbst leisten. Seine Leistung der Unkosten ist auch der Art und dem Maße nach im wesentlichen gleich derjenigen des Mandatars. Er kann auch eine beliebige dritte Person für die Leistung sehr leicht finden. Daß jede Leistung schließlich in eine Leistung auf Geld ausklingen kann, beweist die Unabhängigkeit derselben von dem leistenden Individuum. Die Idee der Sache im Mandate, daß der Mandant an eigener Ausführung des Auftrags rechtlich oder tatsächlich behindert ist, tritt im Kreditauftrage in den Hintergrund, und auch die Notwendigkeit einer besonderen Prüfung der auftragsgemäßen Ausführung des Geschäfts seitens des Auftraggebers selbst ist fast auf Null reduziert. Es bedarf ja nur der Einsicht der dem Beauftragten erteilten Quittung des Dritten. Von einer (tatsächlichen oder rechtlichen) Verhinderung des Auftraggebers ist aber gar nicht zu reden, wenn derselbe sich lediglich zur Gewährung des Kredits verpflichtet und es dem Beauftragten überlassen hat, von solcher Verpflichtung nach Belieben Gebrauch zu machen. Wenn beim gewöhnlichen Mandat der Mandant ein Interesse an der Ausführung des Auftrags haben muß, kann beim Kreditauftrage das Interesse lediglich beim Mandatar liegen, und sehr richtig

sagt daher Windscheid (Pand., Bd. 2 S. 498 N. 18), das Mandat in der Anwendung auf den Kreditvertrag vertrage ein eigenes Interesse des Mandanten an der Ausführung, setze aber dasselbe nicht voraus. Ist beim Kreditauftrage im einzelnen Falle nur der Mandant verpflichtet, so fehlt dann auch das für den eigentlichen Auftrag notwendige Kriterium einer Geschäftsbesorgung, wie dieses Kriterium in anderer Beziehung überhaupt in allen den Fällen fehlt, in denen der Kreditauftrag nur auf weitere Gewährung eines schon gegebenen Kredits geht. Und zwar insofern, als das eigentliche Mandat immer eine positive Tätigkeit des Beauftragten verlangt, eine bloße Untätigkeit, ein Unterlassen jeder Tätigkeit seitens des letzteren für sich aber niemals Inhalt eines Auftragsgeschäfts sein kann [38]).

Das Interesse des Kreditmandanten an einer vorschrifts-

38) Auch nach römischem Rechte war in diesem letzteren Falle das Mandat aus seinen eigentlichen Fugen gewichen. Papinian (l. 12 § 14 D. 17, 1) erklärt ein Mandat post creditam pecuniam für nichtig. Aber wenn dann der Mandant, um dem Schuldner den Genuß des Geldes noch länger zu sichern, was lediglich in das Ermessen des Mandatars gestellt blieb, nun noch ausdrücklich das periculum der Forderung übernahm, so haftete der Mandant auf Grund solcher Zusage für das periculum nach den Grundsätzen des Mandats. Der Sache nach war dies Bürgschaft. Daher l. 32 D. 17, 1: neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat an absens mandet. Das römische Recht konnte in diesem Falle aber nicht von Bürgschaft sprechen, weil die Form der Stipulation dabei fehlte. Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Auffassung der II. Kommission und des Reichsgerichts muß solcher Fall als eigentliche Bürgschaft angesprochen werden, weil der Mandant ein Recht des Widerrufs überhaupt nicht haben kann. Daher auch Schriftform des Versprechens nach § 766, gleichgültig, ob nach dem Inhalte des Abkommens der Mandant ein klagbares Recht gegen den Mandatar auf solche Nachsicht haben sollte, ob also in dieser Beziehung ein gegenseitiger Vertrag anzunehmen bliebe oder der erstere das periculum einseitig nur unter der Bedingung übernommen haben sollte, daß der letztere diese Nachsicht dem Schuldner wirklich gewährt habe.

mäßigen Ausführung des Auftrags, wenn er solches überhaupt hat, ist aber weiter auch kein absolutes Hindernis für ihn, sich schon vor Ausführung des Auftrags auf die Unkostenfrage festzulegen. Er kann sich ohne weiteres zur Leistung dieser Unkosten verpflichten, weil diese Leistung weder ein aliud noch ein plus gegenüber der Leistung des Beauftragten darstellt. Und auch mit der sog. Unkosten*entschädigung* hat es beim Kreditauftrage seine besondere Bewandtnis. Denn es ist meines Erachtens überhaupt schief, hier von einer Schadloshaltung des Beauftragten durch den Auftraggeber gleich dem Falle eines gewöhnlichen Mandats zu reden. Die Begleitumstände der Leistung, nicht diese selbst müssen die besonderen, den Schaden erzeugenden Faktoren gewesen sein. In unserem Falle kommt aber wiederum die Leistung allein, nur nach ihrem ökonomischen Werte in Betracht. Ist nun gar der Kreditauftrag lediglich im Interesse des Beauftragten geschlossen, so können die eventuellen Ansprüche desselben gegen den Auftraggeber überhaupt niemals unter dem Gesichtspunkte eines ihm durch die Handlungsweise des Auftraggebers erlittenen Schadens begründet werden, da allein der Beauftragte und lediglich in Betätigung seines Interesses gehandelt hat.

Nur mit Zwang läßt sich insonderheit die Vorschrift des § 670 B.G.B. auf den Fall eines Kreditauftrags anwenden. Eine Aufwendung zum Zwecke der Ausführung des Kreditauftrags ist es offenbar nicht, wenn der Beauftragte die in Auftrag gegebene Summe an den Dritten zahlt. Vielmehr ist dies die Ausführung des Auftrags selbst. Eine solche Aufwendung wäre nur z. B. die Vergütung, die der Beauftragte zum Zwecke der Beschaffung des Geldes an eine Bank oder einen sonstigen Dritten gezahlt haben würde. Und wie steht es denn bezüglich des Rechts auf Ersatz mit dem zweiten Erfordernisse des § 670, daß den Umständen nach die Aufwen-

dung für erforderlich gehalten sein muß? Die Zahlung der in Auftrag gegebenen Summe ist ja immer notwendig gewesen, weil sie eben die Ausführung des Auftrags darstellt. Anderenfalls würde man auch einen Widerspruch zwischen § 670 und 778 B.G.B. konstruieren. Zweifellos kann der Beauftragte seine Aufwendungen im Sinne des § 670 sofort nach Ausführung des Auftrags von dem Auftraggeber ersetzt verlangen. Das Gesetz bestimmt, daß der letztere zum Ersatze verpflichtet, also ohne weiteres verpflichtet ist. Nach § 778 haftet nun aber der Auftraggeber für die Verbindlichkeit des Dritten, die gleich ist der Summe der vom Beauftragten gemachten sog. Aufwendungen, nur als Bürge, und der Beauftragte hätte danach zunächst zwar ein Klagerecht gegen den Auftraggeber (§ 670), das aber dieser mit dem Einwande der Vorausklage zurückschlagen könnte (§ 770). Das Gesetzbuch perhorresziert also die Idee einer Aufwendung im Interesse des Auftraggebers als causa des Anspruchs gegen diesen seitens des Beauftragten. Es gibt nur Rückgriffsrecht wegen der aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Beauftragten und Dritten entsprungenen Leistungsverpflichtung des letzteren.

Aber noch nach einer anderen Richtung ist der Mandatsgedanke im Kreditauftrage degeneriert. Wenn sonst das Mandat eine erst künftig vorzunehmende Handlung voraussetzt, so kann beim Kreditauftrage diese Handlung zulässigerweise auch schon in der Vergangenheit liegen. Der Auftraggeber hätte die Leistung vielleicht schon selbst bewirkt, er hätte sie jedenfalls ebensogut bewirken können, wie der Beauftragte. Es kann ihm daher recht sein, daß dies schon ein anderer, der Mandatar, getan hat, und deshalb muß es, wenn nicht besondere Umstände ein Anderes verlangen, beim Kreditauftrage gleichgültig sein, ob der Mandatar zur Zeit der Erteilung des Kreditauftrags mit der Leistung sozusagen schon im Vorschusse war.

Soweit im besonderen der kaufmännische Kontokorrentverkehr in Betracht kommt, ist es auch ganz unbestreitbar, daß ein Kreditauftrag auch bezüglich einer bereits entstandenen, in den Kontokurrent einzubeziehenden Forderung erteilt werden kann, da dieselbe als einzelne Forderung verschwindet und in dem späteren Saldo aufgeht, wie denn auch ausschließlich die Haftung des Kreditmandanten in Höhe des erteilten Kredits auf die Saldoforderung übergeht (H.G.B. § 356 Abs. 2).

Widerrufs- und Kündigungsrecht sind charakteristische Merkmale des Mandats. Inwieweit kann nun beim Kreditauftrage von ihnen die Rede sein? Da sie ihren Grund zum Teil in der einseitigen Natur des Mandatsgeschäfts haben, müssen sie hinfällig werden, wenn der Kreditauftrag Inhalt eines gegenseitigen Vertrags ist, in dem zugleich der Beauftragte Kreditgewährung an den Dritten versprochen hat[39]). Hat einseitig nur der Auftraggeber Kreditsicherung und lediglich im Interesse des Beauftragten versprochen, so ist ein Kündigungsrecht des letzteren ein juristisches Unding. Der Kredit wird nicht aufgezwungen, weil der Kreditnehmer eventuell immer nur denselben Wert zurückzugeben braucht und ein Kündigungsrecht des kreditnehmenden Beauftragten immerhin irgend welches Maß von Verpflichtung zum Kreditnehmen voraussetzen würde[40]). Er kann also jederzeit sich einfach auf den Standpunkt stellen, als ob er zurückgegeben hätte. Damit entfällt aber auch die logische Möglichkeit der Konstruktion eines Wider-

39) So finden denn auch auf einen Werk- oder Dienstvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung geht, die Bestimmungen des Auftragsrechts über Widerruf und Kündigung im wesentlichen keine Anwendung (§ 675 B.G.B.).

40) Wenn im einzelnen Falle der letztere bei Nichtannahme zur Entschädigung, z. B. dem Bankier zur Zahlung von Zinsen verpflichtet ist, so liegt eine besondere (ausdrückliche oder stillschweigende) dahin gehende Vereinbarung dazwischen, die naturgemäß auch das Wesen des ganzen Abkommens verändert.

rufsrechts seitens des Auftraggebers, und dieser muß dann unbedingt gebunden bleiben. Ein willkürliches Widerrufsrecht des Auftraggebers würde übrigens auch mit anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen schwer zu vereinigen sein. Nach § 610 B.G.B. kann ein Darlehnsversprechen im Zweifel nur dann widerrufen werden, wenn die Rückerstattung des Darlehns infolge inzwischen verschlechterter Vermögensverhältnisse des zum Darlehn Berechtigten gefährdet erscheint. Die Analogie mit unserem Falle ist wohl nicht zu bezweifeln, und Dernburg (Das bürgerliche Recht, Bd. 2 S. 210) macht denn auch zu § 610 die Bemerkung, daß dies Gesetz auch noch auf andere, noch nicht zur Ausführung gekommene Kreditgeschäfte als das eigentliche Darlehn zur Anwendung zu bringen sei. Zweifellos ist dann aber in unserem Falle, daß der Auftraggeber kein Recht des Widerrufs nach den Grundsätzen des Mandats hat[41]). Liegt beim Kreditauftrage das Interesse dagegen lediglich auf Seiten des Auftraggebers, so bedarf es für ihn nicht noch eines besonderen Widerrufsrechts. Der Beauftragte seinerseits ist vielmehr ebenso unbedingt gebunden, wie in dem vorerwähnten Falle der Auftraggeber. Haben beide Teile ein Interesse am Geschäft, so liegt wieder ein gegenseitig bindender Vertrag vor. Jeder Kreditauftrag ist wirtschaftlich ein Vertrag auf Austausch gleicher Werte. Widerrufsrecht und Kündigungsrecht beim gewöhnlichen Mandat beruhen aber auf Imponderabilien, die in der Sache liegen. Die Bestimmung in § 671 Abs. 1 B.G.B. kann also auf den zur Ausführung des Kredit-

41) Auch dem Bürgen wird man auf Grund des § 610 in dem entsprechenden Falle ein Widerrufsrecht dem Gläubiger gegenüber gestatten müssen, wenn er sich nicht (ausdrücklich oder stillschweigend) auch für den Fall der Gefährdung durch den Hauptschuldner verbürgt hat. Etwas Aehnliches bestimmt der § 775 N. 1 B.G.B. für den Fall eines Rechtsverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner. Vergl. auch noch § 321 B.G.B.

auftrags verpflichteten Beauftragten meines Erachtens keine Anwendung finden. Und ebensowenig auch Abs. 3 dieses Paragraphen. Sollte denn dieser etwa geltend machen können, er habe kein Geld mehr, könne also auch keinen Kredit mehr gewähren, wenn der Gegenteil ihn trotzdem noch für leistungsfähig hält? Mit dem Einwande der Insolvenz kann sich doch Niemand von seiner Verbindlichkeit befreien.

Ein Kreditauftrag erlischt weder durch den Tod des Auftraggebers, noch durch den des Beauftragten. Einen Zweifel, den die §§ 672, 673 B.G.B. in den entsprechenden Fällen beim einfachen Mandate noch zulassen, kann es dabei weder in dem einen noch in dem anderen Falle geben. Jeder Kreditauftrag geht auf Leistung von Geld, denn Kredit ist Geld. Daß aber ein solcher Anspruch überhaupt nicht, oder nur in einem Nichtzweifelsfalle aktiv oder passiv auf die Erben sollte übergehen können, wäre ein Gedanke, der das Prinzip des Erbrechts empfindlich angreifen würde. Die römische Idee, daß das Mandat für Mandant und Mandatar eine Sache des gegenseitigen persönlichen Vertrauens sei und daher nur in dieser Begrenzung rechtliche Bedeutung habe, ist heutzutage, wenigstens was den Kreditauftrag betrifft, durch unsere Wirtschaftsordnung längst zu Grabe getragen. Der Kreditmandatar baut lediglich auf die Leistungsfähigkeit des hinter dem Kreditmandanten liegenden Vermögens und der letztere setzt dieses Vermögen, nicht seine Persönlichkeit zum Pfande. Und so muß denn auch Dernburg (a. a. O. Bd. 2 S. 361) das überaus bemerkenswerte Zugeständnis machen, daß trotz des § 673 B.G.B. der Kreditauftrag durch den Tod des Beauftragten (des Verpflichteten) nicht erlösche. Und dieser Satz soll nach meinem Verständnisse nicht etwa bloß besagen, daß beim Kreditauftrage auch der Zweifel sein Recht haben könne, sondern

vielmehr, daß bei ihm jeder Zweifel ausgeschlossen bleibe[42]). Leider hat Dernburg für diese Auffassung eine nähere Begründung nicht gegeben, die um so wünschenswerter gewesen wäre, als die erstere eine Bresche in seine grundlegende Auffassung vom Wesen und Charakter des Kreditauftrags gelegt hat, eine Auffassung, wonach der Kreditauftrag vor der Kreditgewährung nach den Regeln des Mandats, nachher nach den Regeln der Bürgschaft zu beurteilen ist. Bleiben aber dann überall die Regeln des Mandats geltend, wenn der Kreditmandatar zwar kündigen kann, sein Tod aber den Kreditauftrag nicht soll erlöschen machen können? Die Bresche, die Dernburg damit gelegt hat, reicht aber noch weiter. Hat selbst der Tod des Kreditmandatars keinen Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des Rechtsverhältnisses, mit welchem Rechte kann dann Dernburg dem Umstande einen Einfluß gestatten, daß der noch lebende Kreditmandatar den Auftrag willkürlich kündigt? Kommt in dem ersteren Falle die Persönlichkeit des Kreditmandatars gar nicht in Frage, so kann sie auch in dem letzteren nicht in Frage kommen. Und in Summa hätten wir dann eine Konstruktion des Kreditauftrags, nach der die charakteristischen Auflösungsgründe des Mandats, Widerruf, Kündigung, Tod, beseitigt sein würden[43]).

Was den Konkursfall anlangt, so kann, wenn ein gegenseitiger Vertrag auf Kreditgewährung vorliegt, von einem Erlöschen des Kreditauftrags de jure infolge einer Konkurseröffnung, sei es über das Vermögen des Auftraggebers, sei es des Beauftragten, nicht die Rede sein. Es wird die Norm des § 17 K.O. zur Anwendung zu bringen sein, wonach

42) Und dasselbe würde dann auch wohl für den Fall des Todes des Auftraggebers (§ 672) zu gelten haben.

43) Im übrigen wird, was vom Eintritte des Todes eines der beiden Kontrahenten gilt, wohl auch von dem Eintritte der Geschäftsunfähigkeit desselben zu gelten haben (vergl. Planck, a. a. Bd. 2 S. 420, 421).

zunächst das Ermessen des Konkursverwalters entscheidet. § 23 K.O., der im Falle des Konkurses des Auftraggebers den Auftrag einfach erlöschen läßt, bezieht sich nur auf einen einseitigen Mandatsvertrag. Aber auch im Falle eines solchen einseitigen Kreditauftrags kann der Konkurs des Auftraggebers nicht einfach ein Erlöschen desselben zur Folge haben. Sei es, daß der Auftraggeber, sei es, daß der Beauftragte die aus dem Kreditauftrage primär verpflichtete Partei ist. Ist der Beauftragte dies, liegt also der Auftrag lediglich im Interesse des Auftraggebers, so kann meines Erachtens der erstere sich seiner Verpflichtung nur unter den Voraussetzungen des § 610 B.G.B. entziehen. Er hat also dazu kein Recht, wenn die Vermögenslage des Auftraggebers schon zur Zeit des Kreditversprechens eine mißliche war. Anderenfalls wird er den Auftrag ausführen und an den Dritten zahlen müssen. Seinen eventuellen Regreßanspruch kann er nur als Konkursforderung geltend machen. War dagegen der Auftraggeber der Verpflichtete, so hängt es selbstverständlich vom Beauftragten ab, ob er den ihm vom Auftraggeber versprochenen Kredit gegen dessen Konkursmasse ausnutzen will. Er braucht dies nicht, wenn ihm die Person des dritten Schuldners genügende Sicherheit zu bieten scheint. Will er aber den ihm versprochenen Kredit ausnützen, so hat er dafür auch nur das Recht einer eventuellen Konkursforderung, und die Konkursmasse des Auftraggebers ist nicht berechtigt, dem zu widersprechen und den Auftrag des Auftraggebers etwa als de jure für erloschen zu erklären. Ganz gleich muß aber auch die Sache im Falle des Konkurses des Beauftragten liegen. Der Auftraggeber braucht den Kredit nicht auszunutzen, wenn der Beauftragte der Kreditgeber war, und umgekehrt muß er zahlen gegen den Vorbehalt einer Konkursforderung, kann er eventuell den Kredit gemäß § 610 B.G.B. kündigen, wenn er Kreditgeber war. Das Ge-

setzbuch hat für das einfache Mandat eine ausdrückliche Bestimmung über Erlöschen oder Nichterlöschen desselben für den Fall des Konkurses des Beauftragten nicht gegeben. Die Begründung zum I. Entwurf (Bd. 2 S. 550, 551) hat dies damit motiviert, daß dem Auftraggeber immer sein Widerrufsrecht bleibe und dies zu einer sachgemäßen Erledigung für den Auftraggeber genüge. Diese Annahme setzt eben voraus, daß der Auftraggeber, wie dies beim einfachen Mandat auch nicht anders sein kann, zunächst nur berechtigt, nicht verpflichtet ist. Wie soll es sich aber reimen lassen, daß der Auftraggeber als (primär verpflichteter) Kreditgeber seine Kreditverpflichtung durch einfachen Widerruf wieder beseitigen könnte? Es ist meines Erachtens unmöglich, daß die Bestimmungen des Mandatsrechts über Beendigung des Auftrags durch den Konkurs des Auftraggebers resp. des Beauftragten Anwendung zu finden hätten auch auf den Kreditauftrag. Keine Kreditverhältnisse dieser Art würden dann gerade an der Schwelle des Konkurses ihre Endschaft durch eine sozusagen gewaltsame Lösung erreichen, und eines Konkursrechts und einer Konkursordnung bedürfte es für solche Ansprüche gar nicht mehr. Wenn es aber doch anders sein muß, dann erweist sich auch hier wiederum, wie der Mandatsgedanke im Kreditauftrage nur als ein degenerierter erscheint[44]. Will man, wie Rothenberg (S. 325) und so

---

44) Eine ähnliche Entgleisung der Mandatstheorie, und zwar nach der Seite der gegenseitigen Verträge hin findet sich in dem viel berufenen § 675 B.G.B. Schon im Systeme des Gesetzbuchs zeigt sich dies insofern, als dasselbe den Dienst- oder Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung unter dem Titel vom Auftrage behandelt. Und wenn auch der wesentlichste Inhalt eines solchen Vertrages, die Geschäftsbesorgung, zugleich Kriterium des Auftrags ist, so fehlt doch andererseits wieder ein wesentliches Kriterium des Auftragsbegriffs, die freie Widerruflichkeit beider Kontrahenten (§ 671), was seinen Grund nur in der Entgeltlichkeit, der Zweiseitigkeit des Geschäfts haben kann. Im übrigen sollen aber auch für einen solchen Dienst- oder Werkvertrag wieder fast alle für den Auftrag gegebenen Detailbestimmungen

auch Dernburg (Pandekten, II § 77 Nr. 2) beim Kreditauftrage in jedem Falle nur von einer Aehnlichkeit zwischen Mandat und Bürgschaft reden, so darf man den Kreditauftrag, wenn er nicht ganz ausnahmsweise von Anfang bis zu Ende als ein reiner Mandatsvertrag gedacht ist, also den Zweck einer Forderungssicherung gar nicht verfolgt, nicht als bürgschaftsähnlich, sondern muß ihn im Gegenteil als mandatsähnlich bezeichnen. Andererseits hat auch der oft gehörte Satz, daß der Kreditauftrag ein aus Mandat und Bürgschaft gemischtes Geschäft sei, eine gewisse Wahrheit nur unter der Voraussetzung, daß nur die Bürgschaft echt, das Mandat unecht ist.

Läßt sich somit der Kreditauftrag nur sehr uneigentlich an das Mandat anlehnen, so entsteht die weitere Frage, ob und welche Unterscheidungszeichen denn zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft vorhanden sind. Nach Rothenberg (S. 338) soll auch noch heutzutage der Kreditauftrag darin eine Verschiedenheit von der Bürgschaft aufweisen, daß das erstere Geschäft eine Diligenzpflicht des Gläubigers (Kreditmandatars) involviere, während nach dem Begriffe der Bürgschaft (und dies ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unzweifelhaft) der Gläubiger an sich nur Rechte, keine Verpflichtungen gegen den Bürgen habe. Denn, so sagt Rothenberg, der Mandator zahle nur seine eigene Schuld ans dem Mandatsverhältnisse, könne also unzweifelhaft auch geltend machen, daß der Mandatar schuldhafterweise den Auftrag nicht ordnungs-

gelten, und dies sind charakteristischerweise solche, die dem Dienst- oder Werkberechtigten schon einen gesetzlichen Einfluß auf den erst noch in der Ausführung begriffenen Vertrag gestatten, während doch sonst der Dienst- oder Werkvertrag dem Berechtigten nur ein Recht auf den vollendeten Dienst, das vollendete Werk gibt. So regelt § 666 das Kontrollrecht des Berechtigten nach Art des Auftragsrechts. Und ebenso regeln im Interesse desselben die §§ 665, 667, 668 die Modalitäten der Ausführung selbst. An solchen Verträgen auf Geschäftsbesorgung kleben eben noch die Eierschalen des Mandats.

gemäß vollzogen und dadurch ihm, dem Mandator Schaden zugefügt habe. Nun mag es für das römische Recht vor der Novelle 4 richtig sein, daß der Mandator nur seine eigene Schuld aus dem Mandate bezahlen konnte, weil er die Einrede der Vorausklage nicht hatte und das Mandat ihn zur sofortigen Zahlung nach Ausführung des Auftrags seitens des Mandatars verpflichtete. Schon die Novelle 4 änderte aber die Sache. Denn wenn nun der Mandator trotz des von ihm erteilten Mandats nur erst nach Ausklagung des Schuldners zu zahlen nötig hatte, so konnte logischerweise nur eine Zahlung der Schuld angenommen werden, die dem ursprünglichen Schuldner oblag und die dieser zu leisten nicht im stande war. Heutzutage und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 267) kann aber selbst jeder beliebige Dritte Zahlung für einen Schuldner leisten, und da der Mandator auch das beneficium excussionis hat, nötigt nichts zu der Annahme, den Willen des letzteren, für den Schuldner zu zahlen, für unbeachtlich zu erklären. Rothenbergs Auffassung negiert den allgemeineren Grundsatz des § 267 für den spezielleren Fall des Kreditauftrags, und das scheint mir fehlerhaft zu sein. Aber liegt nun nicht in dieser Annahme Rothenbergs, daß der Mandator seine eigene Schuld aus dem Mandatsverhältnisse zahle, wieder ein Widerspruch mit Rothenbergs ganzem Aufbau des Kreditauftrags? Wenn nach der Kreditgewährung nicht mehr die Grundsätze des Mandats, sondern nur die der Bürgschaft zur Anwendung kommen sollen, kann auch von einer Diligenzpflicht des Kreditmandatars nach Mandatsart in diesem Zeitpunkte nicht mehr die Rede sein. Freilich will Rothenberg schließlich (am Ende seiner Abhandlung, S. 347) seine Ansicht über das Mischungsverhältnis von Mandat und Bürgschaft im Kreditauftrage doch wieder modifiziert wissen. Nicht nacheinander,

sondern nebeneinander sollen nach der Kreditgewährung die Grundsätze des Mandats und der Bürgschaft zur Anwendung kommen. Wenn das wörtliche Gesetz den Auftraggeber als Bürgen haften lasse, so sei damit sehr wohl vereinbar, daß der Beauftragte seinerseits aus dem Mandate für Diligenz hafte. Und etwas Aehnliches deutet wohl auch Planck (a. a. O. Bd. 2 S. 522) an, wenn er sich dahin ausläßt, der § 778 habe nicht den ganzen Vertrag als Bürgschaft behandeln wollen, sondern unterwerfe ihn nur in einer ganz bestimmten Richtung den Vorschriften über die Bürgschaft. Für den Auftraggeber soll sonach Bürgschaftsnorm, für den Beauftragten Mandatsnorm, also auch Diligenzpflicht gelten. Dann kann aber auch der erstere, wenn er Zahlung leistet, wiederum nicht, wie Rothenberg will, seine eigene Schuld aus dem Mandate bezahlt haben, denn er zahlt in der Eigenschaft als Bürge auf Grund der Haftung eines solchen. Andererseits hätte wiederum der Beauftragte das Recht, die Zahlung als eine solche aus dem Mandatsverhältnisse anzusehen. Das läuft meines Erachtens auf eine Verwilderung der Theorie hinaus. Das Gesetz kann indessen — und das nimmt auch Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, 2 S. 362 an[45]) — mit dem Ausspruche, daß der Auftraggeber als Bürge hafte, nur gemeint haben, daß das Rechtsverhältnis nach allen Seiten, also auch nach der Seite des Beauftragten hin als eine Bürgschaft zu behandeln sei, und dann kann doch von einer Diligenzpflicht des Gläubigers (Beauftragten) nicht die Rede sein. Die Protokolle der II. Kommission (Bd. 2 S. 2545) lassen auch keinen Zweifel darüber[46]), daß das Gesetz eine Mischung von Mandat und Bürgschaft nicht nebeneinander, sondern nach-

45) Anscheinend ebenso Endemann, Einführung, § 190 Bd. 1 S. 860.

46) Und das nimmt auch das Reichsgericht a. a. O. an.

einander bestimmt hat, wenn sie die Sache damit begründen, daß nur vor der Kreditgewährung die Anwendung der Grundsätze des Mandats über Widerruf, Kündigung ꝛc. überhaupt möglich sei.

Nun aber zur weiteren Frage, wofür denn eigentlich Diligenz zu leisten sei. Von einer Diligenzpflicht bei Ausführung des Zahlungsgeschäfts selbst kann doch wohl nicht die Rede sein. Wie sollte auch hier der Beauftragte überhaupt nachlässig verfahren können? Das Zahlungsgeschäft und noch weniger eine bloße Kreditstundung läßt sich auch nicht als eine Arbeitsleistung im Sinne des Mandatsrechts auffassen. Beim Zahlungsgeschäft würde zudem der Beauftragte auch nicht allein die ganze Arbeit leisten, sondern sich darin mit dem Zahlungsempfänger teilen müssen, gegen den der Auftraggeber an sich einen Anspruch auf Diligenz nicht geltend machen könnte. Zahlt der Beauftragte nicht oder nicht die ganze in Auftrag gegebene Summe, so ist eben der Auftrag nicht oder nur insoweit ausgeführt, und für den Fall, daß das Geschäft überhaupt im Interesse des Auftraggebers liegt, bedarf es zur Begründung des Anspruchs auf die Auftragssumme oder den Rest derselben nicht noch des Nachweises einer besonderen culpa des Beauftragten. Freilich kann der Auftraggeber in diesen Fällen weiter noch ein besonderes Interesse an der Leistung überhaupt, an rechtzeitiger Leistung, an Leistung opportuno loco und tempore haben. Aber die auf solchem Interesse beruhenden Ansprüche sind schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts konstruierbar, ohne eine Diligenzpflicht des Mandatars aus dem Mandatsrechte zu Hilfe nehmen zu müssen.

Sonach kann nur eine Diligenzpflicht des Beauftragten in Bezug auf die Wiedereinziehung der Forderung vom Schuldner in Frage kommen. Für die sog. culpa in exigendo soll der Beauftragte einstehen müssen. Aber jedenfalls doch nur dann,

wenn der Auftrag auch zugleich eine besondere Norm für die Wiedereinziehung enthält. An sich liegt in einem Kreditauftrage nicht zugleich der Auftrag zur Wiedereinziehung. Das wäre sogar widersinnig. Der Kreditauftrag wäre dann nicht nur ein Zahlungs-, sondern auch zugleich ein Einkassierungsmandat. Und Zahlen und uno tempore die Forderung wieder Einziehen wäre kein Kreditieren. Soll daher der Kreditauftrag auch auf demnächstige Wiedereinziehung der Forderung gehen und der Beauftragte für culpa in exigendo einstehen müssen, so muß in jedem einzelnen Falle dispositiv auch Zeit und Ort der Wiedereinziehung festgesetzt sein, die der Beauftragte schuldhafterweise außer Acht gelassen hat. Rothenberg ist in dieser Beziehung meines Erachtens widerspruchsvoll. Er erklärt (S. 336), daß ein Kreditauftrag post creditam pecuniam nichtig sei, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, behandelt also damit den Kreditauftrag nach Gewährung der Kreditsumme als erledigt. S. 344 spricht er aber gleichwohl wieder von einer Verpflichtung des Beauftragten, bei Erledigung des Auftrags, also auch bei Einziehung der Forderung vom Schuldner mit aller Sorgfalt zu verfahren. Und aus dieser zweiten Auffassung, wonach im Kreditauftrag stets und immer auch der Auftrag zur Wiedereinziehung enthalten sein müsse, leitet er eben auch den für das Kreditmandat oft gehörten Satz ab, daß der Wille des Auftraggebers zunächst gar nicht, wie bei der Bürgschaft, dahin gerichtet sei, sich dem Beauftragten für dessen Forderung an den Dritten zu verpflichten. Mit dem Kreditauftrage sei vielmehr dem Beauftragten stets und immer nur die Verpflichtung auferlegt, die Wiedereinziehung der Forderung zu betreiben, und diese Verpflichtungsstellung des Beauftragten hindere die Annahme eines unbedingten Verpflichtungswillens des Auftraggebers auf Zahlung. Kann aber diese Annahme Rothenbergs als irrig

einander bestimmt hat, wenn sie die Sache damit begründen, daß nur vor der Kreditgewährung die Anwendung der Grundsätze des Mandats über Widerruf, Kündigung rc. überhaupt möglich sei.

Nun aber zur weiteren Frage, wofür denn eigentlich Diligenz zu leisten sei. Von einer Diligenzpflicht bei Ausführung des Zahlungsgeschäfts selbst kann doch wohl nicht die Rede sein. Wie sollte auch hier der Beauftragte überhaupt nachlässig verfahren können? Das Zahlungsgeschäft und noch weniger eine bloße Kreditstundung läßt sich auch nicht als eine Arbeitsleistung im Sinne des Mandatsrechts auffassen. Beim Zahlungsgeschäft würde zudem der Beauftragte auch nicht allein die ganze Arbeit leisten, sondern sich darin mit dem Zahlungsempfänger teilen müssen, gegen den der Auftraggeber an sich einen Anspruch auf Diligenz nicht geltend machen könnte. Zahlt der Beauftragte nicht oder nicht die ganze in Auftrag gegebene Summe, so ist eben der Auftrag nicht oder nur insoweit ausgeführt, und für den Fall, daß das Geschäft überhaupt im Interesse des Auftraggebers liegt, bedarf es zur Begründung des Anspruchs auf die Auftragssumme oder den Rest derselben nicht noch des Nachweises einer besonderen culpa des Beauftragten. Freilich kann der Auftraggeber in diesen Fällen weiter noch ein besonderes Interesse an der Leistung überhaupt, an rechtzeitiger Leistung, an Leistung opportuno loco und tempore haben. Aber die auf solchem Interesse beruhenden Ansprüche sind schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts konstruierbar, ohne eine Diligenzpflicht des Mandatars aus dem Mandatsrechte zu Hilfe nehmen zu müssen.

Sonach kann nur eine Diligenzpflicht des Beauftragten in Bezug auf die Wiedereinziehung der Forderung vom Schuldner in Frage kommen. Für die sog. culpa in exigendo soll der Beauftragte einstehen müssen. Aber jedenfalls doch nur dann,

wenn der Auftrag auch zugleich eine besondere Norm für die Wiedereinziehung enthält. An sich liegt in einem Kreditauftrage nicht zugleich der Auftrag zur Wiedereinziehung. Das wäre sogar widersinnig. Der Kreditauftrag wäre dann nicht nur ein Zahlungs-, sondern auch zugleich ein Einkassierungsmandat. Und Zahlen und uno tempore die Forderung wieder Einziehen wäre kein Kreditieren. Soll daher der Kreditauftrag auch auf demnächstige Wiedereinziehung der Forderung gehen und der Beauftragte für culpa in exigendo einstehen müssen, so muß in jedem einzelnen Falle dispositiv auch Zeit und Ort der Wiedereinziehung festgesetzt sein, die der Beauftragte schuldhafterweise außer Acht gelassen hat. Rothenberg ist in dieser Beziehung meines Erachtens widerspruchsvoll. Er erklärt (S. 336), daß ein Kreditauftrag post creditam pecuniam nichtig sei, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, behandelt also damit den Kreditauftrag nach Gewährung der Kreditsumme als erledigt. S. 344 spricht er aber gleichwohl wieder von einer Verpflichtung des Beauftragten, bei Erledigung des Auftrags, also auch bei Einziehung der Forderung vom Schuldner mit aller Sorgfalt zu verfahren. Und aus dieser zweiten Auffassung, wonach im Kreditauftrag stets und immer auch der Auftrag zur Wiedereinziehung enthalten sein müsse, leitet er eben auch den für das Kreditmandat oft gehörten Satz ab, daß der Wille des Auftraggebers zunächst gar nicht, wie bei der Bürgschaft, dahin gerichtet sei, sich dem Beauftragten für dessen Forderung an den Dritten zu verpflichten. Mit dem Kreditauftrage sei vielmehr dem Beauftragten stets und immer nur die Verpflichtung auferlegt, die Wiedereinziehung der Forderung zu betreiben, und diese Verpflichtungsstellung des Beauftragten hindere die Annahme eines unbedingten Verpflichtungswillens des Auftraggebers auf Zahlung. Kann aber diese Annahme Rothenbergs als irrig

nachgewiesen werden, so folgt daraus auch, daß die Verpflichtungsstellung des Auftraggebers im wesentlichen dieselbe ist, wie die des Bürgen. Und sie ist irrig, denn, wie schon gesagt, in dem Kreditauftrage ist an und für sich nur der Auftrag zu kreditieren und nichts weiter enthalten. Steht es nun aber bei der Bürgschaft in irgend welcher Weise anders? Wenn der Bürge ohne jeden weiteren Vorbehalt sich für die Schuld des Dritten dem Gläubiger gegenüber verbürgt hat, so überläßt er es eben dem Gläubiger, zu dem diesem geeignet scheinenden Zeitpunkte zur Wiedereinziehung der Forderung zu schreiten. Der Gläubiger hat keine besondere Diligenz im Interesse des Bürgen zu beobachten und der letztere kein Recht auf solche. Eine Privatautonomie kann dies für den einzelnen Fall allerdings ändern. Und nur darin besteht ein tatsächlicher Unterschied zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft, daß, wie auch die Begründung zum I. Entwurfe (S. 680) richtig betont, beim Kreditauftrage viel häufiger solche besonderen Verabredungen über Wiedereinziehung der Forderung zwischen Auftraggeber und Beauftragten getroffen werden, als bei der Bürgschaft. Dies hat aber darin seinen natürlichen Grund, daß bei einer Versicherung für eine künftige, vielleicht quantitativ gar nicht bestimmte Forderung an eine vielleicht auch nicht deutlich erkennbar gemachte Person (der häufigere Fall eines Kreditauftrags) eine größere Vorsicht des Versicherers geboten ist, als bei einer Verbürgung für eine schon existente Schuld einer bestimmten Person (der gewöhnlichere Fall einer Bürgschaft).

Sehen wir uns weiter die Theorie auf Unterschiede zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft an. Endemann (Einführung, Bd. 1 S. 860 fg. § 190) lehrt, der Kreditauftrag bilde keine besondere Unterart des Bürgschaftsvertrags, sondern sei Auftrag, daher auch beliebig widerrufbar, kündbar &c. Er glaubt aber doch bemerken zu müssen, daß die Analogie des Auftrags-

begriffs auf den Kreditauftrag aus zwei Gründen nicht passe. Einmal insofern, als der Auftrag stets eine persönliche Ausführung desselben voraussetze. Der Kreditauftrag erlösche daher auch nicht durch den Tod des Beauftragten. Allerdings, wie Endemann einschränkend hinzufügt, nur im Zweifel nicht. Wenn aber doch die Persönlichkeit des Beauftragten beim Kreditauftrage keine Rolle spielen soll, so kann als Zweifelsfall eben nur ein Fall angenommen werden, in dem dieser den Uebergang seiner Verpflichtung auf die Erben ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt hat. Aehnlich kann es aber auch bei der Bürgschaft in dem analogen Falle liegen, daß es sich um Bürgschaft für eine zukünftige Forderung handelt, wenn der Bürge sich dabei zugleich für seine Erben das Recht auf solche Kreditgewährung vorbehalten hat. Sodann macht Endemann für eine Gleichstellung von Kreditauftrag und Bürgschaft geltend, daß der Kreditmandatar nicht, wie der einfache Beauftragte nach § 669 B.G.B. Auslagenvorschuß verlangen könne. Auch der Bürge kann die Bürgschaftssumme nicht als Forderung wegen zukünftiger Auslagen liquidieren. Wo bliebe denn da die Gefahr, die der Bürge begriffsmäßig übernehmen muß? Die Gefahr läge vielmehr beim Gläubiger, der sich gegen diese versichert haben will. Aber bei alledem soll doch auch nach Endemann der Kreditauftrag noch Auftrag sein und den Normen des Auftragsrechts auch in der Beziehung unterliegen, als der Kreditmandatar seine gemachten Aufwendungen in Gemäßheit des § 670 B.G.B. gegen den Kreditmandanten liquidieren könne. Gleichzeitig nimmt aber Endemann doch auch wieder an, daß der erstere solche Aufwendungen, soweit sie sich mit der von ihm übernommenen Gefahr und den daraus entsprungenen Lasten deckten, von dem letzteren auch aus dem Titel der Haftung desselben als Bürge fordern könne, da dieser neben dem

Schuldner Garantiehaftung übernommen habe. Darin liegt aber meines Erachtens ein auffälliger Widerspruch. Hat der Mandant wirklich Garantieleistung übernommen, so kann gegen diesen keine Forderung auf Auslagen gemacht werden. Die Forderung auf Auslagen hätte doch nur Sinn, wenn der Kreditmandant eben nicht als Garant haften würde. Und da der Mandatar nach Endemann auch den § 669 B.G.B. für sich nicht anrufen kann, so muß es wohl dabei bleiben, daß der Mandatar die von ihm geleistete Zahlung nur als Zahlung aus der Garantiehaftung des Mandanten von diesem wieder beanspruchen kann. Im übrigen hat sich Endemann nicht darüber ausgelassen, ob auf den Mandanten infolge seiner Zahlung an den Mandatar die Forderung des letzteren an den Dritten von Rechts wegen übergeht. Bei der Annahme einer bloßen Auslagenforderung des Mandatars an den Mandanten wäre ein solcher Uebergang allerdings nicht konstruierbar.

Unverklauselierter, aber meines Erachtens ebenso in sich widersprechend läßt sich Staub aus. Er erklärt (Kommentar zum B.G.B., Bd. 2 § 349 N. 4 S. 1077), die Auftragserteilung beim Kreditauftrage enthalte stets eine Garantiehaftung. Erfülle der Beauftragte den Auftrag und erleide er dabei Schaden, so könne er vollen Ersatz für seine Aufwendungen vom Auftraggeber verlangen. Der Schaden besteht hiernach lediglich in den von dem Beauftragten gemachten Aufwendungen, und die Aufwendungen sind eben der Schaden desselben. Aber weiter: von Aufwendungen läßt sich nun wieder in dem besonderen Falle, daß es sich nur um weitere Stundung eines schon gewährten Kredits handelt, auch rein äußerlich betrachtet, gar nicht sprechen, nur von Schaden. Es kommt aber überhaupt gar nicht darauf an, wie der real gewordene Anspruch des Beauftragten sich in dessen Augen widerspiegelt, sondern lediglich darauf, aus welchem Rechts-

grunde die Verpflichtung des Auftraggebers herzuleiten ist. Liegt der Grund derselben, wie Staub will, in einer Garantiehaftung des Auftraggebers, so ist sie schon mit dem Abschlusse des Kreditauftrags voll gegeben und deshalb auch inhaltlich die Haftung allgemein für das periculum der Sache. Denn die „Garantiehaftung" ist doch nur das Surrogat für eine ausdrückliche Garantieerklärung, der latente Inhalt der vom Auftraggeber mit Abschluß des Vertrags übernommenen Verpflichtung. In der Form des Auftrags äußert der Auftraggeber Bürgschaftswillen. Denn daß sonst jede Obligation, soweit sie auf einer Willenserklärung des Verpflichteten beruht, auch, ganz abgesehen von ihrem Inhalte, zugleich eine Garantie für Erfüllung enthält, ist selbstverständlich.

Anders stellt sich wieder Cosack. Nach ihm (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1 S. 590) soll Bürgschaft und Kreditauftrag überhaupt nur in dem Einen Punkte zusammentreffen, daß der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die aus der Kreditgewährung entstandenen Verpflichtungen ebenso wie ein Bürge hafte, im übrigen Bürgschaft und Kreditauftrag verschieden sein. In betreff dieser Verschiedenheit erklärt er auch ausdrücklich, daß der Auftraggeber auf Grund seiner Zahlung an den Beauftragten niemals in dessen Rechte gegen den Dritten von Rechts wegen eintrete. Er hat nur die Pflichten, nicht die Rechte eines Bürgen. Daß die geschäftliche Welt eine solche Auffassung nicht teilt, kann wohl nicht bezweifelt werden. Es ist die Auffassung lediglich des Juristen, dem der Mandatsstandpunkt, die Form der Sache über alles geht. Lediglich von diesem Standpunkte aus leitet Cosack denn auch ein Recht für den Auftraggeber her, auf Grund des vom Beauftragten angenommenen Auftrags seine Ausführung vom Beauftragten verlangen zu können. Und das soll wieder bei der Bürgschaft anders sein, da hier dem Bürgen ein Recht

auf Kreditgewährung gegen den Gläubiger nicht zustehe. Wenn das letztere auch meistenteils zutreffen wird, so läuft es doch auch nicht gegen den Begriff der Bürgschaft, wenn auch der Gläubiger seinerseits sich zur Kreditgewährung an den Dritten dem Bürgen gegenüber noch besonders verpflichtet. Und was den vom Beauftragten angenommenen Auftrag betrifft, so kann darunter doch nur eben ein solcher verstanden werden, der eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Verpflichtung des Beauftragten zur Gewährung des Kredits in sich schließt. Aber Cosack zieht überhaupt den Begriff des Kreditauftrags anders und gegen die Auffassung namentlich der Handelswelt zu eng. Kreditauftrag ist nach ihm nur dasjenige Geschäft, bei dem sich der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags verpflichtet. Liegt die Sache so, daß nur der Auftraggeber zunächst Verpflichtungsstellung hat, der Beauftragte aber für die Ausführung des Auftrags freie Hand behalten soll, so liegt nach Cosack nur ein sog. Garantievertrag [47] vor. Das Gesetz schweigt über den Garantievertrag. Dieser zeigt also entweder gar keine besonderen Eigentümlichkeiten, unterliegt also lediglich den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts oder fällt begrifflich mit einem schon gegebenen Geschäfte des Gesetzbuchs zusammen. Nach Cosack soll er Aehnlichkeit sowohl mit dem Kreditauftrage, als auch mit der Bürgschaft haben. Inwiefern mit dem ersteren, darüber hat sich Cosack nicht näher ausgelassen. Mit der Bürgschaft insofern, als der Garantievertrag den Fall einer unechten, sog. Schadlosbürgschaft darstelle. Schadlosbürgschaft bleibt aber echte Bürgschaft, und dann kann auch das von Cosack lediglich als Kreditauftrag angesehene Geschäft nicht anders als eine Bürgschaft aufgefaßt werden. Denn sollte es wirklich einen Unterschied machen können, daß in diesem Falle

47) Stammler, Der Garantievertrag, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 69 S. 1 fg.

die sonst im Belieben des Beauftragten stehende Kreditgewährung in eine förmliche Verpflichtung desselben umgewandelt ist[48]?

Scheinbar anders stellt sich Schollmeyer zu der Frage der Unterschiede. Er erklärt (Schuldverhältnisse, S. 82), das Gesetzbuch kenne nur einen einheitlichen Begriff der Bürgschaft, das zur Sicherung eines fremden Gläubigers erteilte und von diesem angenommene Versprechen, für die Erfüllung der jetzigen oder zukünftigen Verbindlichkeit seines Schuldners einstehen zu wollen. Die Bürgschaftsleistung selbst könne sich aber in doppelter Form vollziehen. Entweder durch Erteilung eines Auftrags nach § 778 oder durch Abschluß eines ausdrücklichen Bürgschaftsvertrags. Danach liegt in der Benutzung der ersteren Form doch wohl nur eine stillschweigende Bürgschaftserklärung und der Auftrag, der eine Bürgschaft auslösen soll, ist nicht als ein Auftrag im Sinne des § 662 zu verstehen. Der Auftraggeber und nur dieser allein hat von vornherein die Verpflichtungsstellung eines Bürgen und nach der Kreditgewährung auch die Haftpflicht eines solchen. Schollmeyer nimmt vielleicht auch an, daß ein solcher Bürge doch noch das Recht des Widerrufs nach § 671 habe. Aber das ändert die Sache im Prinzipe nicht. Auch der Bürge auf Grund eines ausdrücklichen Bürgschaftsvertrags kann sich ein engeres oder weiteres Widerrufsrecht vorbehalten haben und bleibt dennoch in der Stellung eines Bürgen. Zahlt hiernach ein solcher

48) Cosack stellt noch einen weiteren Unterschied zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft fest, dahin, daß der Auftraggeber vom dritten Schuldner eine Befreiung von der Bürgschaftshaftung gegenüber dem Beauftragten nicht fordern könne. Wohl nur irrtümlich. Denn auch der Bürge kann solche Befreiung dem Gläubiger gegenüber vom Schuldner nur fordern, wenn er die Bürgschaft auf Veranlassung des Schuldners übernommen hat. Ebenso aber auch der Auftraggeber nur, wenn er im Auftrage oder doch im Interesse desselben als negotiorum gestor gehandelt hrt.

auf Kreditgewährung gegen den Gläubiger nicht
das letztere auch meistenteils zutreffen wird,
auch nicht gegen den Begriff der Bürgsch
Gläubiger seinerseits sich zur Kreditgewäh
dem Bürgen gegenüber noch besonders
den vom Beauftragten angenomm
so kann darunter doch nur eben ein
der eine (ausdrückliche oder stillsch
Beauftragten zur Gewährung de
Cosack zieht überhaupt den
und gegen die Auffassung n
Kreditauftrag ist nach ihm
der Beauftragte zur Ausfü
die Sache so, daß nur d
stellung hat, der Bea
Auftrags freie Hand
ein sog. Garantier
den Garantievertr
sonderen Eigent
gemeinen Grur
mit einem sc . voraus. Sein
Nach Cosc ..g, der von einer Bürg-
trage, als Auftrags spricht, ist meines
ersteren, ..ung im Ausdrucke.
der Bü ..an die Sache, wenn, um auch auf den
unech Fall näher einzugehen, trotz der Kreditgewäh-
blei ..zelnen Falle eine Verbindlichkeit des Dritten aus
G ..n oder objektiven Gründen nicht entsteht? Rothen-
 (S. 341) hatte für diesen Fall eine ausdrückliche Be-
..mmung dahin vorgeschlagen, daß dem Kreditmandatar seine

49) Ich komme gleich auf diesen Fall zu sprechen.

…ftrage vorzubehalten seien. Er beruft sich
(Pandekten, II § 77 Anm. 9)[50], der,
speziell an einen Geschäftsunfähigen
…solche Kreditgewährung gleichwohl
…gen den Auftraggeber begründe,
…richtig sei. Das Bürgerliche
…ne **Rothenbergs** ent-
…men. Meines Erachtens
…nem Vorschlag wollte,
…uf **Dernburgs**
… den Geschäfts-
…m im Wege
…er **actio**
…ckfordern
…vers **auf**
… auch, wie oben
…Grund des Bürger-
…ürgschaft in diesem Falle
…r Auftrag sein, der hier als
…er Bürgschaft erfüllen soll. Denn
… eine unmögliche Leistung des Beauf-
…schäftsunfähigkeit des Dritten kann der Be-
…mals beseitigen, und der Kreditauftrag, was be-
…betont werden muß, ist nicht bloß Auftrag, einfach an
…en zu zahlen, sondern auch weiter und wesentlich, ihn durch
solche Zahlung zur Zurückzahlung des Erhaltenen, eventuell
im Wege Rechtens zu verpflichten. Der Auftrag-
geber will nur dann für die Schuld einstehen, wenn sich auf
diesem Wege die **Zahlungs**unfähigkeit des Dritten heraus-
stellt. Der Auftraggeber selbst hätte daher kein Recht, auf Aus-

50) Ebenso spricht sich **Dernburg** in seinem bürgerlichem Rechte (Bd. 2 S. 361 N. 3) aus.

bürgender Auftraggeber, so zahlt er nach Schollmeyer nicht Auslagen, sondern seine eigene Schuld aus der Bürgschaft. So sollte man doch meinen. Aber Schollmeyer vindiziert dem Kreditauftrage trotzdem noch eine selbständige Bedeutung als wirkliches Auftragsgeschäft nach § 662. In dem besonderen Falle[49]), daß die Kreditgewährung einer nicht verpflichtungsfähigen Person zu gute kommen soll und zu gute gekommen ist, soll der Auftraggeber doch aus dem Auftrage haften müssen, weil er als Bürge wegen Richtigkeit der Hauptschuld nicht haften könne. Dann aber ist der Auftrag auch nicht, wie Schollmeyer sagt, eine bloße Form der Bürgschaftsleistung. Denn sonst würde der Auftraggeber in solchem Falle überhaupt zu nichts verpflichtet sein. Soll aber der Auftraggeber wenigstens aus dem Auftrage haften müssen, so haftet er doch nicht bloß in diesem, sondern überhaupt in jedem Falle aus dem Auftrage, schon und nur aus dem Auftrage, und die Frage, ob er auch als Bürge hafte, braucht und kann gar nicht gestellt werden. Das will aber Schollmeyer offenbar wiederum nicht gelten lassen. Seine Unterscheidung beider Fälle setzt die rechtliche Möglichkeit eines Kontaktes zwischen den Geschäften von Auftrag und Bürgschaft voraus. Sein oberster Grundsatz in der Beweisführung, der von einer Bürgschaftsleistung in der Form des Auftrags spricht, ist meines Erachtens nur eine Verfehlung im Ausdrucke.

Wie stellt sich denn die Sache, wenn, um auch auf den eben erwähnten Fall näher einzugehen, trotz der Kreditgewährung im einzelnen Falle eine Verbindlichkeit des Dritten aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht entsteht? Rothenberg (S. 341) hatte für diesen Fall eine ausdrückliche Bestimmung dahin vorgeschlagen, daß dem Kreditmandatar seine

49) Ich komme gleich auf diesen Fall zu sprechen.

Rechte aus dem Auftrage vorzubehalten seien. Er beruft sich dabei auf Dernburg (Pandekten, II § 77 Anm. 9)[50], der, was die Kreditgewährung speziell an einen Geschäftsunfähigen betrifft, der Ansicht ist, daß solche Kreditgewährung gleichwohl die actio mandati contraria gegen den Auftraggeber begründe, während ein Bürgschaftsgeschäft nichtig sei. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine dem Vorschlage Rothenbergs entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen. Meines Erachtens mit Recht. Was Rothenberg mit seinem Vorschlag wollte, ergibt sich deutlich aus seiner Berufung auf Dernburgs obiges Urteil. Der Beauftragte soll die an den Geschäftsunfähigen geleistete Zahlung, die er von diesem im Wege Rechtens nicht wieder erlangen kann, mittelst der actio mandati contraria von dem Auftraggeber zurückfordern können. Also eine Leistungspflicht des Auftraggebers auf Grund des Auftrags. Und dies ist ja auch, wie oben gezeigt, Schollmeyers Meinung auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Aber wie die Bürgschaft in diesem Falle nichtig ist, so muß es auch der Auftrag sein, der hier als Kreditauftrag die Zwecke der Bürgschaft erfüllen soll. Denn solcher Auftrag betrifft eine unmögliche Leistung des Beauftragten. Die Geschäftsunfähigkeit des Dritten kann der Beauftragte niemals beseitigen, und der Kreditauftrag, was besonders betont werden muß, ist nicht bloß Auftrag, einfach an diesen zu zahlen, sondern auch weiter und wesentlich, ihn durch solche Zahlung zur Zurückzahlung des Erhaltenen, eventuell im Wege Rechtens zu verpflichten. Der Auftraggeber will nur dann für die Schuld einstehen, wenn sich auf diesem Wege die Zahlungsunfähigkeit des Dritten herausstellt. Der Auftraggeber selbst hätte daher kein Recht, auf Aus-

50) Ebenso spricht sich Dernburg in seinem bürgerlichem Rechte (Bd. 2 S. 361 N. 3) aus.

führung eines solchen Auftrags zu bestehen, und folgeweise auch der Beauftragte nicht auf eine **actio mandati contraria**[51]). Was dem letzteren bleibt, ist nur eventuell ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 307 B.G.B. Und das ist ein Anspruch, der gerade aus der Nichtigkeit des Geschäfts entspringt. Wann nun ein solcher Anspruch statthaft, ist **quaestio facti**. Im allgemeinen muß man sagen, daß der Auftrag, für eigene Rechnung zu kreditieren, den Beauftragten nicht von der Verpflichtung entbindet, selbst sich um die Geschäftsfähigkeit des Dritten zu kümmern. Denn der Auftraggeber steht mit seiner Erklärung an sich bloß für die Kreditfähigkeit des Dritten ein, setzt dagegen die Geschäftsfähigkeit desselben voraus. Hat der Auftrag (stillschweigend oder ausdrücklich) den Inhalt, daß der Auftraggeber nicht bloß die Kreditfähigkeit, sondern auch die Geschäftsfähigkeit garantieren will, so liegt eben kein Kreditauftrag im eigentlichen Sinne, sondern ein Auftrag vor, bei dem der Auftraggeber sich verpflichtet, schon dann zu zahlen, wenn der Beauftragte von dem Dritten Zahlung im Wege der Güte nicht erhält. Der Auftraggeber will dann auch dieses besondere **periculum** tragen (Thöl a. a. O.), und er hat deshalb auch nicht und kann die Einrede der Vorausklage nicht haben, die eben die Möglichkeit einer Verfolgung des Dritten im Rechtswege und die Zahlungsunfähigkeit desselben voraussetzt. Es liegt dann ein einfaches Schuldversprechen des Auftraggebers vor, bedingt dadurch, daß der Beauftragte wirklich gezahlt und seine Zahlung von dem Dritten nicht sollte wiedererhalten haben. Im Prozeßwege wird der Auftraggeber zu

---

51) Ist in einem gegenseitigen Vertrage einerseits Kreditgewährung, andererseits Kreditsicherung versprochen, so folgt, wenn das Versprechen der Kreditgewährung wegen Geschäftsunfähigkeit des Dritten nichtig, die Hinfälligkeit auch des Sicherungsversprechens schon aus den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge.

verurteilen sein, wenn der Beauftragte den Beweis der Geschäftsunfähigkeit des Dritten erbringt. Es wird dies allerdings ein außergewöhnlicher Fall sein. Der gewöhnliche und eigentliche Fall eines Kreditauftrags ist, wie gesagt, der, daß der Auftraggeber die Geschäftsfähigkeit des Dritten nur vorausgesetzt hat. Kennt nur der Beauftragte die Unfähigkeit oder muß er sie kennen, so kann er gemäß § 307 B.G.B. keinen Anspruch auf Rückzahlung des an den Dritten Geleisteten gegen den Auftraggeber erheben. Vielmehr wäre er dem Auftraggeber schadensersatzpflichtig. Ja, er würde auch nicht einmal besondere Auslagen, die er z. B. für vorherige Beschaffung der Geldmittel gehabt hat, vom Auftraggeber zurückfordern können. Auch dieser Schaden bleibt auf ihm hängen wegen seiner **mala fides** bei der Sache. Hat nur der Auftraggeber Kenntnis von der Geschäftsunfähigkeit des Dritten oder muß er sie haben, so bleibt er natürlich dem Beauftragten für allen Schaden verantwortlich. Sind beide Teile in solchem Wissenszustande, so cessiert jeder Schadensanspruch, sei es des einen, sei es des anderen Teils. Ein solches Handeln in einem beiderseits sich bewußten Wissenszustande wird gewöhnlich die Tendenz einer Simulation gegenüber dritten Personen haben. Sind beide Teile in unverschuldeter Unkenntnis, so kann von einem Entschädigungsanspruche des Beauftragten nicht die Rede sein. Und dies überhaupt ganz unzweifelhaft auch in dem besonderen Falle nicht, daß dem Kreditgeber (Beauftragten) es lediglich überlassen ist, von dem Kreditauftrage nach eigenem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Sache liegt dann lediglich im Interesse desselben, und aus dem jeweiligen Interesse des einen oder anderen Teils ist überhaupt die Frage einer schuldhaften Unkenntnis zu beurteilen. Haben beide Teile ein gleich großes Interesse an der Ausführung der Sache, was namentlich in dem Falle vorliegen kann, daß in einem gegenseitigen Ver-

trage einerseits Kreditgewährung, andererseits Kreditsicherung vereinbart ist, so ist ein Schadensanspruch des Kreditgebers deshalb nicht zu konstruieren. Das gleiche Interesse gleicht alles aus. Wie schon gesagt, es ist hier alles **quaestio facti**, Frage des einzelnen Falles. Und nur das wird man wohl in jedem Falle für durchschlagend annehmen können, daß, wenn der Auftraggeber lediglich in seinem oder eines Dritten Interesse Kreditauftrag zu Gunsten eines bestimmten Dritten erteilt hat, eine verschuldete Unkenntnis der Geschäftsunfähigkeit des letzteren seitens des Beauftragten durch eine gleiche Verschuldung des Auftraggebers mehr als aufgewogen wird (vergl. § 254 B.G.B.). Wenn Rothenberg und mit ihm Dernburg und Schollmeyer statt der Annahme einer **quaestio facti** eine allgemeine Rechtsregel dahin in Wirkung treten lassen wollen, daß bei Geschäftsunfähigkeit des Dritten der Beauftragte stets die **actio mandati contraria** aus dem Auftrage habe, so heißt dies im Grunde nichts anderes, als daß der durch die Kreditgewährung in eine Bürgschaft übergegangene Kreditauftrag, also ein Auftrag, nicht nur zu zahlen, sondern auch zu kreditieren, bei Geschäftsunfähigkeit des Dritten, sich in einen Auftrag, einen Auftrag bloß auf Zahlung verwandeln könne, der dann natürlich auch das Recht auf **actio mandati contraria** für den Beauftragten geben müßte. Kreditauftrag und Zahlungsauftrag sind aber doch ganz verschiedene Dinge. Und man streicht offenbar aus dem Inhalte eines Kreditauftrags die wesentliche Tendenz desselben, den von beiden Teilen gewollten Zweck einer Versicherung des Beauftragten gegen die Nachteile einer Zahlungsunfähigkeit des Dritten und degradiert den Kreditauftrag zu einem einfachen Auftrage auf bloße Zahlungsleistung an diesen. Man gibt ein **quid pro quo** und sucht dieses nur dadurch zu verdecken, daß man annimmt, die Geschäftsunfähigkeit des Dritten wandle das durch die

Kreditgewährung in ein Bürgschaftsverhältnis umgewandelte Rechtsverhältnis einfach in das wieder zurück, was es vor der Kreditgewährung war, in ein Mandatsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten, dabei aber über das Wesentliche, daß es speziell ein Kreditauftrag war, hinweggehend. Rothenberg spricht diesen Gedanken mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit aus (S. 341). Da die accessorische Verbindlichkeit des Kreditmandanten aus der Bürgschaft, so meint er, wegen Nichtigkeit der Hauptschuld ohne allen Effekt, müsse dem Beauftragten das Recht gewahrt bleiben, auf die prinzipale Verpflichtung des Auftraggebers aus dem Auftrage zu rekurrieren. Aber aus dem Auftrage (dem Kreditauftrage) hatte der letztere doch immer nur eine accessorische Verbindlichkeit. Mit welchem Rechte soll da überhaupt einfach eine prinzipale substituiert werden können? Wenn Rothenberg dafür als Grund anführt, der Auftraggeber habe die Veranlassung zum Kreditieren gegeben, so trifft dies doch nur in den Fällen zu, in denen das Interesse lediglich bei dem Auftraggeber lag, und dann läßt sich nur aus diesem Interesse heraus, nicht aus dem Geschäfte an sich ein etwaiger Anspruch des Beauftragten herleiten. Ziehe man nur die Konsequenzen einer solchen Auffassung für die eigentliche Bürgschaft. Sie gehen unzweifelhaft dahin, daß, wenn die Bürgschaft wegen Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners nichtig, die nur accessorisch gemeinte Verpflichtung des Bürgen sich in eine prinzipale zu verwandeln hätte, weil der Gläubiger überhaupt vom Hauptschuldner selbst eine Zahlung, auf die es in erster Linie abgesehen war, im Wege Rechtens nicht erlangen kann. Die II. Kommission und das Bürgerliche Gesetzbuch haben, wie schon erwähnt, den Rothenbergschen Zusatz zu § 778 (Entw. I § 689) nicht angenommen. Im Zusammenhange damit scheint mir denn aus der Fassung des § 778 unzweifel-

haft auch hervorzugehen, daß unter der Kreditgewährung im Sinne des Gesetzes nicht bloß der äußere Schein einer solchen, wie er bei einer Geschäftsunfähigkeit des Dritten vorhanden sein würde, sondern eine gültige, wirksame Kreditgewährung verstanden sein soll. Aus der Kreditgewährung soll eine Verbindlichkeit des Dritten entstehen. Sie entsteht aber nicht, wenn der Dritte geschäftsunfähig ist. Das Gesetzbuch kann daher die Möglichkeit einer Kombination von accessorischer und prinzipaler Verpflichtung des Auftraggebers beim Kreditauftrage nicht angenommen haben.

Nicht anders liegt nun aber auch die Sache, wenn aus objektiven Gründen die Verbindlichkeit des Dritten nichtig ist, wenn also der Kreditauftrag z. B. einen unerlaubten, unsittlichen Zweck verfolgt, und Rothenberg selbst gibt wenigstens für den Fall, daß der Kreditmandatar turpis causae particeps ist, zu, daß er eine actio mandati contraria gegen den Kreditmandanten nicht haben könne. Schließlich muß auch ein Kreditmandat, das auf einen zwar nicht unerlaubten, aber doch immerhin vom Rechte nicht als vollgültig anerkannten Zweck gerichtet ist, das z. B. eine Sicherung für einen Anspruch aus einem Spielvertrage erstrebt, nichtig sein, weil der Beauftragte die Gültigkeit der von Rechts wegen ungültigen Spielschuld niemals beschaffen kann.

Alles in allem genommen, ergibt sich auch in dem eben besprochenen Punkte eine Wesensgleichheit zwischen Bürgschaft und dem Kredit- als einem Bürgschaftszwecke verfolgenden Mandate. Das Kreditmandat ist bei Geschäftsunfähigkeit des Dritten oder aus sonstigen objektiven Gründen ebenso nichtig, wie die Bürgschaft, und etwaige Schadensansprüche des einen oder anderen Teils regeln sich in beiden Fällen nach den gleichen Grundsätzen.

Rothenberg meint freilich, mit solcher Wesensgleichheit

nicht auskommen zu können, wenn der angenommene Kreditauftrag aus irgend einem zufälligen, vom Kreditmandatar nicht zu vertretenden Grunde, so z. B. wegen des Widerwillens des Dritten, Schuldner zu werden, nicht zur Ausführung gekommen und der Kreditmandatar doch schon verschiedene Unkosten, z. B. für Beschaffung des nötigen Geldes, gehabt hat. Rothenberg meint, daß in diesem Falle derselbe wegen seiner Auslagen einfach rechtlos sei. Es könne daher hier nur die Mandatstheorie helfen. Denn an den Mandanten könne er sich nicht halten, wenn nach Annahme des Auftrags das Rechtsverhältnis zwischen Mandanten und Mandatar lediglich nach Bürgschaftsgrundsätzen zu beurteilen sei. Ein Bürgschaftsverhältnis sei aber bei der Nichtexistenz einer Hauptobligation nicht zu stande gekommen. Nun, von einer solchen Rechtlosigkeit kann wohl nicht die Rede sein. Hat der Kreditmandatar sich solche Unkosten gemacht, ohne dazu weder von dem Kreditmandanten noch dem Dritten veranlaßt zu sein, so fallen dieselben selbstverständlich und mit Recht ihm allein zur Last. Hat ihn der Dritte zu solchen Unkosten veranlaßt, so wird dieser den Schaden zu tragen haben. Hat dies aber der Kreditmandant selbst getan, so unterliegt es meines Erachtens keinem Zweifel, daß dieser die Unkosten zu erstatten hat. Bürgschaftsgrundsätze sind in diesem letzteren Falle überhaupt um deshalb nicht anwendbar, weil die Unkostenrechnung gar nicht in diejenige Forderung einbezogen werden sollte, für die die Bürgschaft zu leisten war. Die Unkosten sind entstanden durch eine Handlung des Mandanten, lediglich vorbereitender Art für den Akt der Kreditgewährung selbst. Es handelt sich daher dabei um ein mandatum simplex, nach dessen Ausführung der Kreditmandatar seine Auslagen auch sofort vom Mandanten erstattet verlangen kann. Selbstverständlich kann sich auch praktisch Kredit- und einfaches Mandat verbunden zeigen.

Rothenbergs Theorie läßt uns für den entgegengesetzten Fall direkt im Stiche. Es ist zur Kreditgewährung gekommen, nachdem dem Kreditmandatar Unkosten entstanden sind. Nach Rothenberg sollen vom Zeitpunkte der Kreditgewährung an die Bürgschaftsgrundsätze zur Anwendung kommen. Aber der Kreditmandant würde für die Unkostenrechnung bürgschaftsweise doch nur dann haften können, wenn der Hauptschuldner selbst diese Unkosten gebilligt und als einen Teil seiner Schuld an den Kreditmandatar anerkannt hätte. Trifft dies nicht zu, so wäre der Kreditmandatar selbst dem Mandanten gegenüber, der ihn vielleicht zu den Unkosten veranlaßt haben kann, rechtlos, weil für diese Unkosten der Hauptschuldner überhaupt nicht haftet und daher auch der Kreditmandant desfalls nicht als Bürge haften kann. Mit dem Bürgschaftsverhältnisse hat die Sache auch hier nichts zu tun. Sie bleibt auch hier ein besonderes **mandatum simplex**.

Noch ein paar Worte über die Formulierung des Kreditauftragsbegriffs in § 778. Ich charakterisierte schon oben die Fassung des Paragraphen als zu langatmig. Aber auch die Fassung speziell als Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung zu kreditieren, weist zu sehr auf eine Konstruktion der Sache als eines (doch fehlerhaften) Mandats hin. Und dabei scheint mir noch ein Hauptkriterium der Sache ausgelassen zu sein: der Umstand nämlich, daß das Geschäft erklärtermaßen auf Gefahr des Auftraggebers, in jedem Falle auf solche Gefahr geht. Daher hat denn auch das frühere Sächsische Civilgesetzbuch (§ 1476) den Kreditauftrag noch ausdrücklich dahin bestimmt, daß es ein Auftrag sein müsse, dessen Ausführung nach dem Willen des Auftraggebers auf dessen Gefahr gehe. Und Staub (a. a. O. N. 7 zu § 349), der im übrigen den Kreditauftrag nach den Grundsätzen des reinen Mandats beurteilt wissen will, muß sich doch

zu dem sehr bezeichnenden Zugeständnisse herbeilassen, daß schon die Erklärung des Auftrags selbst unter Voraussetzung der Ausführung desselben eine Garantiehaftung des Auftraggebers enthalte. Im Gegensatze zu einer ausdrücklichen Garantieerklärung, und während sonst nach den Grundsätzen des reinen Mandats der Auftraggeber durch seinen Auftrag zunächst nur berechtigt, nicht verpflichtet wird. Nicht, daß objektiv die Wirkungen einer Garantie eintreten, daß sie beim Abschlusse des Geschäfts als eventuell notwendige Folgen vom Gesetze vorausgesetzt sind, ist das Wesentliche bei der Sache. Die Garantiepflicht soll auch subjektiv dem Auftraggeber zum Bewußtsein gekommen, sie soll von ihm als eine aktuelle Verpflichtung seinerseits anerkannt worden sein. Ich schwärme nicht für die Fassung des § 680 des I. Entwurfs. Sie ist insofern wenig geschickt, als das Requisit der „Annahme" gerade auf ein doch abgewiesenes Mandats-, und nicht auf ein Bürgschaftsverhältnis indizieren läßt, als die Bezeichnung der Erklärung des Kreditmandatars als Annahme die Vorstellung aufkommen lassen kann, es sei damit eine Verpflichtungsstellung des letzteren gezeichnet, während doch nach der Begründung demselben dadurch regelmäßig nur eine Berechtigung erwachsen sein soll. Sie ist unzweifelhaft nur einseitig, als in dem besonderen Falle, daß es sich um Verlängerung eines schon gegebenen Kredits handelt, schon mit der Tatsache der „Annahme" ein definitiver Abschluß eines Bürgschaftsverhältnisses gegeben sein muß und vorher von irgend welcher Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag überhaupt nicht die Rede sein kann. Aber auch die Fassung in § 778 ist einseitig, einseitig, weil sie lediglich wieder nur auf den Fall zugeschnitten ist, daß es sich um künftige Kreditgewährung handelt. Für den Fall, daß in einem gegenseitigen Vertrage ein Kreditversprechen enthalten ist, ist sie meines Erachtens positiv falsch.

Denn hier ist schon mit dem Abschlusse eines solchen Vertrags die Verpflichtungsstellung des Auftraggebers als eines Bürgen gegeben. Sie ist dies aber auch in anderen Fällen. Wenn der Kreditmandatar auch nur erst eine bloße Verpflichtung auf zukünftiges Kreditieren an den Dritten übernommen, wenn also derselbe z. B. sich zur Gewährung eines Darlehns an den Dritten gültig verbindlich gemacht hat und in diesem Stadium der Sache der Kreditmandant dem ersteren Anweisung auf solches Kreditieren erteilt hat, so hat er doch schon von diesem Zeitpunkte an eine Verpflichtungsstellung als Bürge, von der er nicht ohne weiteres loskommen kann. Er muß den erst später wirklich gewährten Kredit auf sein Konto als Bürge nehmen. Ganz unzweifelhaft dann, wenn er von diesem Vorvertrage zwischen Mandatar und Drittem Kenntnis hatte. Denn er mußte sich sagen, daß auch der Kreditmandatar von der Verpflichtung zur Kreditgewährung nicht wieder loskommen kann und er selbst hat Kreditsicherung ausdrücklich für eine zukünftige Forderung des Kreditmandatars versprochen. Aber auch in dem Falle, daß der Kreditmandant nur in dem Glauben gewesen ist, daß es sich um eine Kreditsicherung für eine zukünftige Forderung handle, während in Wahrheit solche Forderung schon existent war, kann von einem Widerrufsrechte seinerseits nicht wohl die Rede sein. Ist solche Erklärung, als post creditam pecuniam gegeben, nicht nichtig, so könnte sie nur wegen Irrtums angefochten werden. Das ist aber doch nicht angängig, weil das Widerrufsrecht, das einem Auftraggeber durch das Gesetz gegeben ist, unmöglich als schon zum Zeitpunkte der Auftragserteilung ihm gegeben gedacht werden kann. Es wäre Widerspruch, mit der Auftragserteilung zugleich ein Widerspruchsrecht als koexistent anzunehmen. Das Widerspruchsrecht gibt nur eine spätere Aenderung des Auftragswillens frei. Man kann also in dem besprochenen Falle nicht

behaupten, der Irrtum des Auftraggebers habe diesem ein Recht auf Widerspruch entzogen [52]). Aber darin hat der § 680 des I. Entwurfs unbestreitbar einen Vorzug, als er sich ausdrücklich nur als eine Dispositivvorschrift ankündigt. Die Bestimmung soll nur gelten, „soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt". Indessen auch die Bestimmung des Gesetzes selbst in § 778 kann nur mit solcher Klausel verstanden werden. Nach der Meinung der II. Kommission (Prot. II S. 2545) zwar sollen in jedem Falle die Bestimmungen über den Auftrag in Bezug auf Kündigung, Widerruf (vor der Kreditgewährung) zur Anwendung kommen. Planck selbst aber hat schon bemerkt (N. 1 zu § 778), daß dabei vorausgesetzt sei, der Kreditauftrag sei als eigentlicher Auftrag erteilt und angenommen. Werde aber der Vertrag nicht als eigentliches Auftragsgeschäft, sondern in dem Sinne geschlossen, daß der Beauftragte überhaupt keine, und nur der Auftraggeber Verpflichtung (für den Fall der Kreditgewährung) übernommen habe, so liege ein Auftrag nach der Begriffsbestimmung des § 662 überhaupt gar nicht vor. So spricht denn auch § 778 im Gegensatze zu § 680 I. Entw. überhaupt nicht ausdrücklich von einem angenommenen Auftrage, wie dies nach § 662 doch hätte geschehen müssen, behandelt also anscheinend und dem Wortlaute nach eine etwaige Annahme desselben als indifferent. Nicht darin lag, was Rothenberg behauptet, das Fehlerhafte in der Fassung des § 680 I. Entw., daß er von dem Zeitpunkte einer Annahme des Auftrags ab das Rechtsgeschäft als eine Bürgschaft behandeln wollte, sondern vielmehr darin, daß er überhaupt von einer Annahme, als einer den

52) Und bei der Bürgschaft liegt die Sache auch nicht anders. Der Bürge, der in dem falschen Glauben gewesen ist, für eine erst zukünftige Forderung Bürgschaft geleistet zu haben, kann bloß wegen solchen Irrtums seine Bürgschaftsverpflichtung nicht anfechten.

Kreditmandatar verpflichtenden Erklärung redete. Wenn § 778 eine Annahmeerklärung ganz außer Betracht gelassen hat, so kann man gern zugeben, daß der Gesetzgeber (die II. Kommission, der Reichstag) doch noch an eine Annahmeerklärung, als den Mandatar verpflichtend, geglaubt habe. Indessen das vom Gesetzgeber einmal ausgesprochene Wort ist zunächst aus sich selbst und objektiv zu erklären. Und dann besagt die Fassung des § 778 eben nur, daß es auf eine besondere, den Mandatar verpflichtende Annahmeerklärung nicht weiter ankommen kann. Daß eine Annahme in dem Sinne erfolgen muß, daß der Kreditmandatar sich dem Auftrage nicht widerstrebend verhalten will, daß die Auftragserklärung überhaupt ihm zugekommen sein muß, ist selbstverständlich. Da lobe ich mir das alte Preußische Landrecht. Eine besondere Bestimmung über Kreditauftrag, wie ihn das praktische Leben auffaßt, ist, wenn eine solche absolut sein muß, nur so zu fassen, wie es im § 213 I 14 A.L.R. geschehen war. „Wer . . erklärt, daß jemandem auf seine Gefahr Kredit gegeben werden könne, wird als Bürge verhaftet." Schon diese Erklärung bewirkt ein Bürgschaftsverhältnis zu Lasten des Erklärenden, unabhängig davon, wie sich der Adressat derselben zunächst zu ihr verhält. Und die Fassung der Erklärung dahin, daß Kredit gegeben werden k ö n n e, schließt die Berücksichtigung auch eines schon gegebenen Kredits nicht unbedingt aus. Solche Fassung ist kurz und bündig, wie das römische periculo meo crede. Sie läßt auch für jeden einzelnen Fall nach den besonderen Begleitumständen die Frage offen, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Kreditmandanten ein Widerrufsrecht zusteht oder nicht. Und auch, wenn ihm ein solches Recht zusteht, hat er doch schon, wie auch nach § 213 l. c. anzunehmen ist, vom Zeitpunkte seiner Erklärung ab theoretisch die Stellung eines Bürgen, wenn auch noch nicht wegen seines Widerrufsrechts eine definitive Verpflichtungsstellung eines solchen. Ist, wie

ich behaupten muß, der § 778 nur wegen der besonderen Form notwendig geworden, in der hier eine bürgschaftliche Verpflichtung zu Tage tritt, so folgt daraus auch, daß die Stellung des Auftraggebers in § 778 materiell von vornherein Bürgschaftsstellung ist. Und die weitere Konsequenz würde dann auch dahin gehen, daß eine solche Verpflichtungserklärung gemäß § 766 der schriftlichen Form bedürfte. Gewiß nicht zum Schaden der Rechtssicherheit. Und der einmal durch § 766 wach gerufene legislatorische Gedanke hätte Raum genug, sich weiter auszuleben zu können.

Nachschrift.

I.

Erst nach Abschluß der vorstehenden Arbeit ist mir der Aufsatz von Eccius: „Bürgschaft für eine zukünftige Forderung und Kreditmandat" (Gruchot, Beiträge, Bd. 46 S. 55 fg.) zu Gesicht gekommen. Eccius teilt darin meine Ansicht, daß, soweit es sich um eine zukünftige Forderung handelt, eine Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag nicht denkbar sei. Seine Begründung scheint mir jedoch verfehlt. Sie läßt immerhin noch formell einen Unterschied zwischen beiden offen. Eccius geht von der Annahme aus, daß der „Auftrag" in § 778 nicht in dem Sinne eines Auftragsverhältnisses gemäß § 662 zu deuten sei, vielmehr immer nur als eine einseitige, jederzeit widerrufliche Ermächtigungserklärung der handelnden Person in Betracht komme. Diese Widerruflichkeit sei erst ausgeschlossen, wenn irgend welche Bindung zwischen Gläubiger und Schuldner entstanden sei, ohne daß der Handelnde vorher einen Widerruf erklärt hätte. Nun ist es aber klar, und Eccius selbst bezeugt es auch, daß man bei den Beratungen über die Gestaltung des Kreditauftrags in beiden Kommissionen von der Annahme

ausgegangen ist, der Kreditauftrag sei zunächst reines Mandat, also Vertrag und man nur darin verschiedener Ansicht gewesen sei, auf wie lange derselbe diesen Charakter als Mandat beibehalten könne. Sonach sollte also der Mandant dem Mandatar gegenüber bis auf Widerruf und der letztere dem ersteren gegenüber bis auf Kündigung doch zunächst gebunden bleiben. Eccius verwirft aber gemäß seiner Ermächtigungstheorie von vornherein jede Gebundenheit des Kreditmandanten, und daher habe auch der Kreditmandatar eine Kündigungsbefugnis nach Auftragsrecht gar nicht nötig. Insoweit ist nun der Unterschied zwischen beiden Anschauungsweisen im wesentlichen nur theoretischer Natur. Praktisch wird derselbe indessen durch die weitere Behauptung von Eccius, daß der Ermächtigende sich überhaupt nicht verpflichten könne, weil jede bloße Ermächtigung begriffsmäßig der Widerrufsmöglichkeit unterliege. Und dem muß widersprochen werden. Nach § 183 B.G.B. ist die Ermächtigung insoweit nicht widerruflich, als sich aus dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt. Will der Ermächtigende nach dem Inhalte seiner Erklärung unbedingt gebunden sein, so ist nicht einzusehen, weshalb eine solche dem anderen Teile gegenüber abgegebene und von diesem nicht zurückgewiesene Erklärung ohne alle Wirkung sein sollte. Es wäre dies ein meiner Ansicht nach durch nichts zu motivierender Eingriff in die Vertrags- und Verpflichtungsfreiheit überhaupt. Eccius sucht seine gegenteilige Ansicht damit zu begründen, daß ja nach dem Wortlaute des § 778 eine Haftung des Auftraggebers als Bürgen überhaupt erst dann solle beginnen können, wenn die Verbindlichkeit des Dritten entstanden sei und daher vor diesem Zeitpunkte auch eine nur bedingte Gebundenheit des Auftraggebers nicht vorhanden sein könne. Allein so ist, wie oben ausgeführt, der § 778 eben nicht zu verstehen. Er will vielmehr nur besagen, daß, wenn eine Kreditgewährung nachweisbar

unter Anwendung der Grundsätze vom Mandat sich vollzogen hat, der Kreditmandatar die actio mandati contraria nicht sofort nach Ausführung des Auftrags, sondern nur unter den Voraussetzungen geltend machen kann, unter denen er nach Bürgschaftsrecht dazu befugt sein würde. Seine actio mandati contraria wandelt sich in eine Regreßklage auf Grund geleisteter Bürgschaft um. Eccius ist denn ja auch der Ansicht, daß, wenn der Ermächtigte nur zum Zwecke der Begründung der Verbindlichkeit des Dritten Aufwendungen gemacht, z. B. sich das nötige Geld vom Bankier gegen Provision verschafft hat und dann die Begründung des Schuldverhältnisses wegen Wegfalls der Ermächtigung unterbleibt, der Ermächtigende doch für die Auslagen und zwar nach dem Rechte des Auftrags verhaftet ist. Er muß also in irgend welcher Weise gebunden sein. Eccius will für seine Ansicht auch den Fall herangezogen wissen, daß über das Vermögen des Bürgen eine Konkurseröffnung zu einem Zeitpunkte erfolgt, in dem ein festes Band zwischen Gläubiger und Schuldner noch nicht begründet war. Hier zeige sich die Wirkungslosigkeit einer Ermächtigung darin, daß in dem Konkursverfahren ein Anspruch gegen das Vermögen des Bürgen nicht geltend gemacht werden könne. Das letztere ist ja nun unzweifelhaft richtig, hängt aber damit zusammen, daß zukünftige Forderungen zwar für den freien Verkehr, nicht aber in einem Zwangsvollstreckungsverfahren rechtliche Bedeutung gewinnen können, weil das letztere Rechte nur realisieren soll, zukünftige Forderungen aber nicht realisierbar sind, da sie eben noch nicht existieren [53]. Aber eine zukünftige Forderung hat auch, worauf es bei jeder Zwangsvollstreckung ankommt, in der Regel keinen gegenwärtigen Schätzungswert, und so schließen denn auch Konkurs- und Civilprozeßordnung selbst eine aufschiebend bedingte Forde-

53) Ich beziehe mich hier auf meine Ausführungen S. 471 der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1903.

rung von der Berücksichtigung derselben im Verfahren aus, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat (K.O. §§ 134 Abs. 2, 156, 171; C.P.O. § 916 Abs. 2). Nach Eccius nicht erklärbar. Denn die zur Zeit der Konkurseröffnung auch nur bedingt existierende Forderung besteht doch schon, und auch der Ermächtigende ist an seine Ermächtigungserklärung gebunden.

Eccius leugnet die Notwendigkeit der Schriftform nach § 766 für Kreditauftrag und für Verbürgung für eine künftige Verbindlichkeit. Seine Ansicht ist unbewußte Reaktion gegen das, man möchte sagen, unbefugte Eindringen des § 766 in das Gesetzbuch. Aber die Macht der Tatsache ist leider eine stärkere gewesen. Es geht doch wohl nicht an, die §§ 765, 766, 778 dahin auszulegen, daß, wenn nach § 765 sowohl eine bedingte, als eine zukünftige Forderung Gegenstand eines Bürgschaftsverhältnisses sein kann, doch nur für die erstere die im unmittelbar darauf folgenden § 766 bestimmte Form zur Anwendung zu bringen sei, für die letztere dagegen, gleichsam nachhinkend, § 778 dem Wesen nach eine Formvorschrift gegeben habe. Und wenn unzweifelhaft auch betreffs einer zukünftigen Forderung einseitig eine unbedingt bindende Sicherheitsbestellung durch eine ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnete Erklärung des Sicherheitsleisters möglich ist, müßte nicht wenigstens in diesem Falle auch nach Eccius die Formvorschrift des § 766 zur Anwendung zu bringen sein? Eccius hat die letzte Konsequenz aus seiner Lehre nicht gezogen. Und diese muß notwendig dahin gehen, daß überhaupt zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag materiell ein Unterschied nicht besteht, der Unterschied beider nach dem Gesetzbuche nur ein formeller ist. Muß aber auch ein formeller Unterschied, wie ich ausgeführt habe, verneint werden, dann behandelt der gleichsam anhangsweise an die ganze Lehre von der Bürgschaft

angefügte § 778 einen tatsächlich ähnlichen, rechtlich aber verschiedenen Fall, in dem auf dem Umwege eines reinen Mandats bürgschaftsähnliche Wirkungen gegeben sein sollen. Und dabei bleibt man im Einklange mit der Annahme beider Kommissionen wenigstens insoweit, als danach das Rechtsverhältnis des § 778 zunächst Mandat sein soll.

Zur Rechtssicherheit in der Theorie hat die Einfügung des § 766 leider nicht beigetragen. Die Erörterung von Eccius hat vielmehr ein neues Moment für das Gegenteil geschaffen. Was die Praxis anlangt, so hat die neueste bekannt gegebene Entscheidung des Reichsgerichts (vergl. Deutsche Juristenzeitung, 1904, S. 169, 170) von dem Standpunkte einer ebenfalls wieder behaupteten Unterscheidbarkeit zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag aus wohl das Richtigere getroffen, wenn sie in dem entschiedenen Falle Bürgschaft und nicht Kreditauftrag annahm. Allerdings zum Schaden von Treu und Glauben, da der Verklagte dem Kläger gegenüber, der schriftliches Bürgschaftsversprechen verlangt hatte, dies unter Berufung auf sein gegebenes Wort verweigerte, dies Wort aber später nicht hielt. Die Entscheidung steht aber wieder in bedenklichem Widerspruch mit der schon erwähnten früheren Entscheidung in Bd. 50 der Entscheidungen, die, soweit man sehen kann, bei gleicher tatsächlicher Lage nicht Bürgschaft, sondern Kreditauftrag annahm.

II.

Leider kann ich mich auch mit der umfangreicheren Arbeit von Weidemann (Der Kreditauftrag, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 53 S. 429 fg.), die einen von mir bekämpften Standpunkt einnimmt, nur anhangsweise abfinden.

Weidemann erklärt den Kreditauftrag als der allgemeinen Gattung des Mandats angehörig. Er behauptet damit offenbar, daß ein Kreditauftrag stets und immer nur in

der Form eines Mandats, also in der Form einer zunächst einseitigen Verpflichtungserklärung des Kreditmandatars in die äußere Erscheinung treten könne. Ich glaube schon oben widerlegt zu haben, daß dies nicht immer zuzutreffen braucht. Es kann vielmehr auch in einem zweiseitigen, beide Teile zugleich irgendwie verpflichtenden Abkommen der wirtschaftliche Zweck eines Kreditauftrags erreicht werden. Ich will mich aber jetzt zunächst auf Weidemanns Standpunkt von der unbedingten Notwendigkeit der Mandatsform stellen. Seine speziellere Begründung derselben scheint mir indessen teilweise zu sehr gekünstelt und keineswegs, worauf Weidemann sonst so großes Gewicht legt, dem wirklichen Leben abgelauscht zu sein.

Weidemann definiert den Kreditauftrag zunächst als Auftrag an den Mandatar, in eigenem Namen und für eigene Rechnung eine Willenserklärung dahin abzugeben, daß er ein Kreditgeschäft mit dem Dritten im Interesse des Mandanten abschließen wolle, daß er zur Begründung einer solchen Kreditobligation bereit sei (S. 439, 440). Eine Willenserklärung, eine Vertragsofferte an den Dritten, weil der Auftraggeber vom Beauftragten beim Kreditmandate wie bei jedem anderen Mandate nicht einen Erfolg, sondern nur eine Tätigkeit in der Richtung auf solchen Erfolg wolle, nur wollen könne (S. 439). Nun ist es, wie ich glaube, unrichtig, daß auch beim gewöhnlichen Mandate der Beauftragte sich immer zu einer Tätigkeit mit Rücksicht auf einen dabei angestrebten Erfolg, nicht auch zu dem Erfolge selbst verpflichten könne. Ich verweise nur auf den Werkvertrag, wenn derselbe nach § 675 B.G.B. eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Wenn beim Kreditmandate zur schließlichen Erledigung der Kreditangelegenheit selbstverständlich die Zustimmung des Dritten erforderlich ist, so braucht damit die Verpflichtung des Beauftragten nicht auf das Versprechen bloß „guter Dienste" reduziert zu sein. Ultra posse nemo obligatur. Das wirkliche Leben

wird eine solche Zustimmung wohl nur als reine Formalität ansehen. Denn wer des Kredits bedürftig ist, wird ihn sicher acceptieren, von welcher Seite er auch angeboten wird. Aber ist denn überhaupt auch immer Zustimmung des Dritten notwendig zur Abwickelung der Sache? Handelt es sich bei einem Kreditauftrage lediglich um weitere Stundung eines schon gewährten Kredits, so ist schon mit dem betreffenden Abkommen zwischen Mandant und Mandatar alles erledigt. Der Dritte braucht nicht zuzustimmen, wie auch ohne Zustimmung des Schuldners jeder beliebige Andere für diesen Zahlung leisten kann. Und auch ohne solche Zustimmung erlangt der Dritte sogar sofort ein Recht auf Kreditgewährung seitens des Beauftragten, wenn der zwischen diesem und dem Auftraggeber geschlossene Vertrag als ein Vertrag zu Gunsten des Dritten aufgefaßt werden kann (§ 328 B.G.B.). Wenn Weidemann meint, der Beauftragte könne nicht versprechen, daß er ein Kreditgeschäft mit dem Dritten abschließen werde, so liegt Weidemanns eigentlicher Grund dafür offenbar auch nur darin, daß ein Verpflichtungswille des Beauftragten auf den Abschluß selbst in Weidemanns juristische Konstruktion des Kreditauftrags nicht paßt. Der Kreditauftrag soll Mandat sein und da darf er zunächst nur Verpflichtungen, keine Rechte des Beauftragten erzeugen. Das wäre aber der Fall, wenn der letztere sich zur Kreditgewährung verpflichtet hätte, da damit ein Gegenrecht desselben auf Schadloshaltung gegeben wäre, das sonst nach Weidemann (S. 443) hinausgeschoben bleiben soll bis zur Abwickelung des Kreditgeschäfts zwischen Mandatar und dem Dritten. Wie ja auch nach reinem Mandatsrecht der Beauftragte seine Aufwendungen immer nur erst fordern kann nach Erledigung des Auftrags. Weiter aber würde der Kreditauftrag auch nicht gemäß den Regeln des Mandats ein eigenes Interesse des Mandanten, sondern ein solches des Mandatars selbst betätigen, wenn der letztere durch

die Auftragserteilung und ihre Annahme schon verpflichtet sein sollte zu kreditieren. Es soll eben zunächst nur ein Interesse des Auftraggebers anerkannt bleiben, der „dem Dritten den Kredit verschaffen will". „Der Inhalt der Auftragserteilung ist für den Beauftragten negotium alienum" (S. 441)[54]. Der Auftrag des Mandanten geht nicht bloß auf eine Willenserklärung des Beauftragten, „erforderlich", wie Weidemann weiter definiert, zum Abschlusse eines Kreditgeschäfts mit dem Dritten, sondern auf diesen Abschluß selbst. Und wenn nach Weidemann dieser Abschluß doch Konsequenz der Ausführung des Auftrags sein soll (S. 439), so muß wieder der Mandant auch solchen Abschluß gewollt, dazu Auftrag gegeben haben. Die Ausführung ist eben nicht ein bloßes Accidenz der Sache. Denn wie könnte dann der Auftraggeber für solche Zufälligkeit dem Beauftragten verantwortlich gemacht werden? Aber weiter. Und das scheint mir die hauptsächlichste Unrichtigkeit in dem Weidemannschen Begriffe des Kreditauftrags zu sein, daß inhalts des letzteren „der Auftraggeber die ihn wegen der Ausführung des Auftrags ex mandato treffende Schadloshaltungspflicht besonderer Weise erst und nur als Nachschuldner hinter dem Hauptschuldner zu erfüllen braucht." Darin liegt meines Erachtens zunächst ein Widerspruch. Denn wenn der Mandant Nachschuldner, Nachfolger, gleichsam Successor in die Schuld des Dritten ist und als solcher haftet, kann von einer Schadloshaltungspflicht desselben

54) Weidemann behauptet ausdrücklich (S. 468 N. 26), daß der Auftraggeber gegen den Beauftragten nicht klagen kann auf Abschluß des Kreditgeschäfts selbst, sondern nur auf Abgabe der dazu erforderlichen Willenserklärung. Damit ist aber auch jedes Interesse des Auftraggebers an der Ausführung der Sache selbst geleugnet. Es liegt dann insoweit nur ein mandatum tua tantum gratia vor, wenn nicht zufällig der Auftraggeber zugleich im Auftrage und Interesse des Dritten gehandelt hat. Es ist charakteristisch für die Auffassung der Sache bei Weidemann, daß er das Interesse im Verlauf der Sache variieren läßt, während doch nach der Mandatstheorie das Interesse immer das gleiche bleiben muß.

ex mandato nicht mehr die Rede sein. Aber auch das ist unrichtig, daß ein Nachschuldner-Nachfolgerverhältnis an sich zum wesentlichen Merkmale des Kreditsbegriffs gehöre. § 778 bestimmt nur, daß der Mandant für die Kreditgewährung als Bürge hafte. Damit ist ein ein für allemal fest bestimmter Inhalt dieser Haftung noch nicht gegeben. Sollte der Kreditmandant bei seiner Auftragserteilung nicht auch bestimmen können, daß er auf das Recht eines Nachschuldners, eines Nachfolgers des Dritten verzichten und als Erstschuldner, als Antecessor desselben haften wolle? Weidemann selbst (S. 476) gibt zu, daß der Kreditmandant alle Einreden des Hauptschuldners, auch die der Vorausklage habe, soweit die letztere nicht nach § 349 H.G.B. und § 773 B.G.B. ausgeschlossen sei, und im Handelsverkehr ist diese Einrede überhaupt, nach bürgerlichem Gesetzbuche insonderheit dann ausgeschlossen, wenn der Kreditmandant auf dieselbe ausdrücklich verzichtet hat. Ja, auch ohne einen solchen Verzicht wird der Kreditmandant in den Fällen der Nr. 2—4 des § 773 primär haften müssen. Dann aber ist Weidemanns Bestimmung der Pflicht des Auftraggebers als einer Schadloshaltungspflicht ex mandato, besonderer Weise erst hinter dem Hauptschuldner zu erfüllen, besten Falles nur eine Staffage für den Aufputz der Sache als Mandat. Was schließlich meines Erachtens dem Fasse den Boden ausschlagen muß, ist Weidemanns eigenes Zugeständnis (S. 443), daß begrifflich die Qualifikation des Kreditmandats als einer besonderen Mandatsart nicht in dem Inhalte der Verbindlichkeit des Beauftragten, sondern in dem Inhalte der Deckungspflicht des Auftraggebers liege. Nur die letztere ist also wesentlich zur Charakterisierung des Geschäfts. Und wenn nun diese Pflicht umfänglich und inhaltlich auch nach Weidemann nur nach Bürgschaftsrecht zu bestimmen ist, so kann eine Differenziierung zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft logisch nicht möglich sein.

Weidemann sucht den Kreditauftrag von verwandten

Garantiegeschäften genauer abzugrenzen. Was er in dieser Beziehung zunächst sagt, ist charakteristisch. Es sei dies, so meint er (S. 454), schwierig, nicht nur, weil die Ausdrucksweise des Verkehrs sehr ungenau sei, sondern auch um deshalb, weil die Grenzlinien zwischen den einzelnen Geschäftsarten nicht immer sehr scharf hervorträten. Mit der letzteren Aeußerung gibt er offenbar eine Flüssigkeit der Sache zu. Es ist aber müßig, Aehnlichkeiten zwischen den Dingen zu behaupten, wenn ihre Verschiedenheiten nicht genauer bestimmt werden können[55]. Von der Bürgschaft soll sich der Kreditauftrag nun dadurch abheben, daß die Haftungsübernahme des Bürgen nicht erst den Entschluß zur Kreditierung an den Dritten hervorrufe, wie dies beim Kreditauftrage der Fall sei. Daß das letztere wesentlich und überhaupt immer zutreffend ist, glaube ich schon früher widerlegt zu haben. Aber wenn auch für eine zukünftige Forderung Bürgschaft gültig bestellt werden und in diesem Falle die Erklärung des Bürgen kausal für das Hauptschuldverhältnis selbst werden kann, wie ist dann der Unterschied zwischen solcher Bürgschaft und einem Kreditmandat zu bestimmen? Weidemann schweigt. Bürge, nicht Kreditmandant soll ferner der sein, der nur haften will, wenn und soweit der Dritte hafte, und der nur Verbindlichkeiten, keine Rechte habe. Aber wenn der Kreditmandant nach § 778 für die Kreditschuld des Dritten Bürge ist, so haftet er eben nur, wenn und soweit der Dritte haftet. Was Weidemann als Rechte des Kreditmandanten faßt, ist nur eine beschränkte Verbindlichkeit desselben, wie solche auch bei der Bürgschaft vorkommen kann. Einseitigkeit des Verhältnisses endlich soll Charakteristikum der Bürgschaft im Gegensatze zum Kreditauftrage sein. Aber liegt nun nicht solche Einseitigkeit vor,

55) So sollen denn nach Weidemann auch Kreditbürgschaft und Schadloshaltungsbürgschaft als besondere Arten einer Bürgschaft wiederum äußerlich (!) dem Kreditmandate sehr nahe kommen (S. 455, 456).

wenn nach Ausführung des Auftrags nach der Seite der Verpflichtung des Beauftragten hin, wie Weidemann selbst sagt, **obligatio soluta est** und nur die positiv rechtliche Haftung des Auftraggebers übrig geblieben ist?

Darüber, daß der Kreditmandant auf Widerrufsrecht verzichten kann, hat sich Weidemann nicht ausdrücklich ausgesprochen. Er darf dies offenbar nicht für zulässig erachten. Indessen soll nun doch wohl nicht Richtigkeit eines Geschäfts mit solcher Klausel von ihm behauptet sein. Es steht nach Weidemann (S. 455) nichts im Wege, daß ein Garant sich unwiderruflich bindet, sofern dem Garantieempfänger völlige Freiheit der Entschließung bezüglich einer Kreditgewährung bleibt. Er bezeichnet nur das Geschäft anders, er nennt es einen (einseitigen) Garantievertrag im Gegensatze zu einem (zweiseitigen) Kreditauftrage. Kann sich nun aber nicht ein solcher Garantievertrag mit einem Kreditauftrage verbinden, wenn der Garantieempfänger zugleich die Pflicht zur Kreditierung an den Dritten übernommen hat, und wächst dadurch die Sache völlig aus dem Rahmen eines Kreditauftrags heraus? Wenn ein Garant auf Widerruf verzichten kann, sollte er dafür den Garantieempfänger als Beauftragten nicht zugleich verpflichten können, nun auch seinerseits einen Auftrag auf Kreditgewährung auszuführen? Und wäre nicht selbst die Konstruktion so ganz unhaltbar, die die Motive (Bd. 2 S. 684) in Anregung bringen, wonach das Garantieversprechen ein besonderer Vertrag ist, der seine eigenen Wege gehe? Man hätte dann formell allerdings zwei Verträge, aber die Wirkung eines einzigen. Der wirtschaftliche Zweck des Kreditauftrags wäre auch hier erreicht. Freie Widerruflichkeit und dementsprechend Unstatthaftigkeit eines Verzichts auf Widerruf gilt auch für solche Dienst- und Werkverträge nicht, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben (vergl. §§ 675, 671, 626, 649 B.G.B.).

Weidemann will mit Recht die Frage nach dem Charakter des Kreditauftrags aus seiner wirtschaftlichen Erscheinungsform gelöst wissen. Ein freies Widerrufsrecht des Mandanten (zum Unterschiede von einem durch besondere Umstände des einzelnen Falles motivierten) legt aber allen Nachdruck auf die juristische Form der Sache. Im Handelsverkehre wäre es ohne Wert. Ein nicht ausdrücklich unter besonderem Vorbehalt gegebener Kreditauftrag muß hier wirtschaftlich dieselbe Bedeutung haben, wie eine geleistete Wechselunterschrift, wie denn ja auch unter Benutzung wechselrechtlicher Formen ein Kreditauftrag zu stande kommen kann. Der Handelsverkehr sieht in der Ausführung eines Kreditauftrags nicht einen zufällig geleisteten einmaligen Freundschaftsdienst. Er rechnet, auch wo dies äußerlich nicht besonders hervortritt, mit Gegendiensten gleicher oder ähnlicher Art für jetzt oder später.

Weidemann hat das Bedürfnis gefühlt, sich mit seinen „gewichtigen Bedenken", die ihm verschiedene, und sicherlich nicht unwesentliche Spezialbestimmungen des Mandatsrechts verursachen, weil für das Rechtsverhältnis eines Kreditauftrags „unanwendbar", auseinander zu setzen. Speziell hat er die §§ 669, 664, 673, 667, 670 im Auge. Er beruhigt sich zunächst damit, daß die Mandatsnormen mit der einzigen Ausnahme der Widerruflichkeit des Auftrags dispositiven Charakters seien, also durch Privatautonomie außer Wirkung gesetzt werden könnten. Aber doch nicht alle von ihm angezogenen Normen sind meines Erachtens lediglich dispositiver Natur. So nicht §§ 667, 670. Es liegt in der Natur einer Geschäftsbesorgung, daß der Beauftragte alle Vorteile, die aus der Ausführung des Auftrags zunächst ihm zufließen, herausgeben muß, und daß ihm alle Aufwendungen, die er zum Zwecke der Ausführung des Auftrags aus seinen Mitteln gemacht hat, ihm vom Auftraggeber erstattet werden müssen. So selbstverständlich, daß es darüber meines Erachtens wohl keiner besonderen gesetzlichen

Normen bedurft hätte. Der Beauftragte besorgt eben ein fremdes Geschäft. Bei Aufhebung der §§ 667, 670 durch Vereinbarung der Parteien im Falle eines gewöhnlichen Auftrags würde der Auftraggeber zu nichts verpflichtet, zu nichts berechtigt sein und man müßte bei einem Geschäftsabschlusse in solcher Weise auf eine Auslegung dahin kommen, daß in die Form eines Mandats nur eine für den Auftraggeber unverbindliche Meinungsäußerung eingekleidet sei.

Wenn nun aber weiter Weidemann aus dem angeblichen dispositiven Charakter der gedachten Spezialbestimmungen folgern will, daß sie insoweit unanwendbar seien, „als sie der Natur der Auftragsart oder dem offenbaren Parteiwillen widerstreiten" (S. 463), so ist nur die letztere Alternative als eine schlüssige Folgerung aus seiner Prämisse anzuerkennen, und die Unanwendbarkeit der betreffenden gesetzlichen Bestimmung gründet sich dann darauf, daß die Parteien, die die Anwendbarkeit derselben hätten gelten lassen können, sie im einzelnen Falle ausgeschlossen haben wollen. Dahingegen ist eine Unanwendbarkeit, über die die Parteien gar nicht disponieren können, weil sie aus der Natur der Sache folgt und diese Natur der Sache eben nicht abgeändert werden kann, etwas ganz anderes. In dem Augenblicke, wo Weidemann auf den Boden dieser Unanwendbarkeit tritt resp. treten muß, weil die betreffenden Vorschriften zwingender Natur sind, ist es mit seinem Kreditauftrage als einem reinen Mandat, als einem Mandat überhaupt aus.

Dies vorweg. Im einzelnen erklärt Weidemann, daß die im § 669 bestimmte Vorschußpflicht des Auftraggebers sich beim Kreditauftrage weder mit der Natur des Verhältnisses, noch mit der positiven Regelung desselben in § 778 vertrage (S. 464). Und das ist richtig. Aber hier handelt es sich doch um eine Bestimmung, die für das Recht des gewöhnlichen Auftrags zweifellos dispositiven Charakters ist. Denn der Be-

auftragte kann auf Vorschußleistung verzichten, ohne daß dadurch der Charakter des Geschäfts als Auftrag berührt wird. Für den Kreditauftrag dagegen muß die Dispositionsvorschrift des § 669 in eine zwingende Vorschrift mit gegenteiligem Inhalte verwandelt sein.

Dispositiv sind auch die Bestimmungen in §§ 664, 673. Weidemann erklärt aber auch hier wenigstens bezüglich § 673, daß derselbe auf den Kreditauftrag unanwendbar sei. Anders als beim gewöhnlichen Mandat, wo der Tod des Beauftragten das Verhältnis im Zweifel löst, ist damit für den Kreditauftrag der § 673 einfach gestrichen und kann nur infolge einer entgegengesetzten Disposition wieder zur Geltung kommen. Bezüglich des § 664 erklärt Weidemann, diese „Auslegungsregel dürfe nur mit Vorsicht" auf den Kreditauftrag angewendet werden. Offenbar neigt er zu einer nur ausnahmsweisen Anwendbarkeit derselben. Aber § 664 mit seinem Zweifel muß nach der Natur der Sache beim Kreditauftrage überhaupt unanwendbar sein. Im schroffen Gegensatze zu dem gewöhnlichen Mandate, bei dem alles Vertrauen bei dem Auftraggeber ist, ist beim Kreditauftrage alles Vertrauen wenigstens zunächst und hauptsächlich beim Kreditmandatar. Denn von ihm allein hängt es ab, ob ein Kreditgeben überhaupt zu stande kommen soll und dem Kreditmandanten kann es offenbar gleichgültig sein, ob A oder B dem Dritten Kredit gegeben hat, da er immer nur für die Schuld des Dritten, sei es an A, sei es an B, einzustehen hat.

Was die miteinander korrespondierenden §§ 667, 670 betrifft, so könnte man bei ihrer Anwendbarkeit auf den Kreditauftrag fast versucht sein, eine Antinomie zwischen beiden Gesetzesstellen zu konstruieren. Denn wenn nach § 667 der Kreditmandatar das, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, an den Kreditmandanten herauszugeben, und zwar nach § 662 unentgeltlich herauszugeben verpflichtet ist, so müßte nach § 670

der letztere für solche erlangte Vorteile dem ersteren doch wieder Erstattung leisten. Weidemann erklärt den § 667 auf den Kreditauftrag für „unanwendbar“, indessen mit einer Motivierung, die ihm noch eine gewisse (doch nur theoretische) Bedeutung für den Kreditauftrag als Mandat vindizieren soll. Er bemerkt, der Kreditmandatar habe danach zwar die Pflicht zur Herausgabe der durch die Geschäftsbesorgung für sich erlangten Vorteile, aber diese Pflicht entfalle um deshalb, weil der Kreditmandant für die Resultate aus dem zwischen Mandatar und dem Dritten abgeschlossenen Kreditgeschäfte (subsidiarisch) hafte. Es liegt aber überhaupt in der Ausführung eines Kreditauftrags keine Geschäftsbesorgung für den Kreditmandanten, wenn dieser aus derselben nicht berechtigt, vielmehr umgekehrt nur verpflichtet sein soll.

Anlangend den § 670, so ist Weidemanns Auffassung der Sache noch eigentümlicher. Er sieht im Kreditauftrage die Vorschrift des § 670 für „suspendiert“ an, wenn es zur Ausführung des Kreditauftrags gekommen ist, weil der Kreditmandant für den gewährten Kredit nach § 778 hafte, dagegen für „unanwendbar“, wenn es gemäß des Auftrags noch nicht zur Hingabe von Kreditmitteln selbst und nur zu einer bloßen Zusage derselben seitens des Mandatars gekommen ist. Freilich ist der Mandatar auch in dem letzteren Falle gebunden. Er hat keine Freiheit der Wahl, Kredit zu gewähren oder zu verweigern mehr. Aber was soll denn überhaupt diese Verschiedenheit im Ausdrucke bedeuten? Weidemann perhorresziert im letzteren Falle die direkte Anwendung des § 670 mit dem Anspruche des Mandatars gegen den Mandanten auf Befreiung von der gegen den Dritten eingegangenen Verbindlichkeit, will aber doch dem ersteren einen gewissen Ersatz dafür gewähren, indem der § 775 ex analogia auf das Rechtsverhältnis zwischen Mandatar und Mandanten Anwendung finden soll. In den Fällen der Nr. 1—4 § 775 soll der Mandatar

auf Befreiung gegen den Mandanten klagen können. Aber eine analoge Anwendung des § 775 auf das Rechtsverhältnis zwischen Mandanten und Mandatar ist überhaupt nicht angängig. Der Mandatar wird durch die Ausführung des Auftrags Gläubiger, Gläubiger auch dem Mandanten gegenüber. Er hat nur zu fordern. Von ihm kann der Mandant im Regreßwege niemals wieder etwas zurückerhalten. Eine spätere Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Mandatars ist daher für den Mandanten unerheblich, der nur Regreß an den Dritten hat. Weidemanns Analogie wäre nur denkbar, wenn man vor der Kreditgewährung den Kreditmandanten als den eigentlichen Kreditgeber, den Gläubiger zu der Schuld des Dritten, den Mandatar als den Nachschuldner im Weidemannschen Sinne behandeln könnte. Das geht aber nicht, wenn nach Ausführung des Kreditauftrags das umgekehrte Verhältnis zwischen Mandant und Mandatar stattfinden, der erstere loco eines Bürgen stehen muß. Weidemanns Herz glaube ich entdeckt zu haben. Es sieht vor der Kreditgewährung in dem Kreditmandanten, nachher in dem Mandatar den eigentlichen Kreditgeber und dafür spricht eben auch seine schon oben berührte Ansicht, daß die Auftragserteilung ein Interesse des Mandanten, die Auftragsausführung aber ein Interesse des Mandatars betätigen soll.

Durch die Diligenzpflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber soll, so sagt Weidemann (S. 471), der Kreditauftrag sich auf das Schärfste von der Bürgschaft abheben. Und das soll wieder Natur der Sache sein. Aber das eigentliche Wesen der Bürgschaft wird dadurch nicht aufgehoben, daß im einzelnen Falle dem Gläubiger eine sog. Diligenzpflicht dem Bürgen gegenüber auferlegt ist. So hatte das A.L.R. in den §§ 328, 331—333 I 14 Bestimmungen, die man vielfach als Ausdruck einer Diligenzpflicht aufgefaßt hat. Aber nicht das Wesen der Bürgschaft wird durch solche Diligenzpflicht berührt.

Nur ihr wirtschaftlicher Wert wird, wie die Motive (Bd. 2 S. 679) richtig bemerken, dadurch gemindert. Weidemann scheidet zwischen Diligenzpflicht in contrahendo und in exigendo. Nur die erstere leitet er aus dem Mandatsverhältnisse her. Von dieser kann nun bei einer Bürgschaft für eine schon existente Schuld nicht die Rede sein. Aber ebensowenig bei einem Kreditauftrage, sofern er nur dahin geht, dem Schuldner eine schon bestehende Schuld noch weiter zu kreditieren. Handelt es sich in einem Kreditauftrage um eine zukünftige Schuld des Dritten, so soll nach Weidemann die Diligenzpflicht in contrahendo insbesondere auch nur darin bestehen, daß der Mandatar für die nötigen Beweise der Schuld Sorge trägt. Sorgt er aber damit nicht zunächst und hauptsächlich für sein eigenes Interesse? Er nimmt doch offenbar zunächst an, daß es der Hilfe des Mandanten nicht bedürfen werde. Und er muß sich zuerst an seinen eigentlichen Kreditkontrahenten wenden, ehe er den Kreditmandanten in Anspruch nehmen kann. Worin die Diligenzpflicht in contrahendo besteht, soll nach Weidemann (S. 472) überhaupt Tatfrage, also quaestio facti des einzelnen Falles, beruhend auf vermutlichem oder offenbarem Parteiwillen sein. So sprechen denn die Motive (Bd. 2 S. 678) überhaupt nur von einer Diligenzpflicht in exigendo. Was aber diese anlangt, so leitet Weidemann selbst eine solche nur aus dem bloß bedingten Charakter der Haftung des Mandanten, also aus der Haftung desselben nach § 778 ab (S. 471). Aber ist damit schon eine Pflicht des Mandatars dem Mandanten gegenüber konstruiert, die für die Haftung des letzteren gesetzte Bedingung zu erfüllen? Nimmermehr. Der Mandant hat nur das Recht, dem Mandatar die nicht erfüllte Bedingung entgegenzuhalten und der letztere übt nur Diligenz gegen sich selbst, wenn er auf Eintritt der für die Haftung des Mandanten gesetzten Bedingung bedacht ist. Aber steht es nun in dieser Beziehung im Bürgschaftsverhältnisse wesentlich anders? § 777

bezeugt das Gegenteil. Wenn der Bürge sich für eine bestehende Verbindlichkeit auf eine bestimmte Zeit verpflichtet, so muß der Gläubiger nach Ablauf dieser Zeit unverzüglich zur Beitreibung der Forderung schreiten, widrigenfalls der Bürge frei wird. Verpflichtet sich der Bürge in gleicher Weise für eine zukünftige Schuld, so kann in solcher Abrede unter Umständen ebenfalls eine solche die Haftungspflicht des Bürgen beschränkende Bedingung gefunden werden (Planck, Kommentar, § 777 N. 4). Aber eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen ist damit nicht gegeben. Könnte bei der Bürgschaft sowohl, wie auch beim Kreditmandate von einer Pflicht des Gläubigers resp. des Kreditmandatars zur Diligenz in exigendo dem Bürgen resp. Mandanten gegenüber die Rede sein, so würde eine Verletzung derselben den Gläubiger resp. Mandatar zur Schadloshaltung des Bürgen resp. Mandanten verpflichten. Bürge und Kreditmandant werden aber nur frei von ihrer Verpflichtung. Das Rechtsverhältnis wird definitiv aufgehoben, nicht durch einen Schadensanspruch modifiziert.

Ich glaube nicht, daß Weidemann schlagende Unterschiede zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag nachgewiesen hat. Es ist der ewige Widerspruch zwischen Form und Wesen der Sache, der sich durch die ganzen Ausführungen Weidemanns hindurchzieht. Er leitet das ganze Recht des Kreditauftrags „aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise", „aus der Natur der Sache" ab (S. 434, 442) und versucht dennoch, die Sache in die Form des Mandats zu zwängen. Und wenn ihm nun „die Natur der Sache" nichts anderes ist, als der „offenbare, der vermutliche Parteiwille" (S. 442, 463), so kann von dem Kreditauftrage, als einem eigentümlichen, von der Bürgschaft verschiedenen Rechtsinstitute nicht die Rede sein. *Πάντα ῥεῖ*, sagte der griechische Philosoph.

VIII.

Das preußische Heroldsamt und der § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Geh. Justizrat **Goetze** in Groß-Lichterfelde.

Die Einrichtung des Heroldamts ist auf das Allgemeine Landrecht zurückzuführen, welches im § 95 des 9. Titels des II. Teils bestimmt: „Wenn eine adelige Familie sich in zwei Geschlechtsfolgen ihres Adels nicht bedient hat, so muß derjenige, welcher davon wieder Gebrauch machen will, sich bei dem Landesjustizkollegio der Provinz melden und seine Befugnis dazu nachweisen." Auf Grund der Deklaration vom 24. September 1798, daß die Befugnis, die in dem angezeigten Falle wegen des Adels geführte Nachweisung für hinreichend zu erklären, nicht den Landesjustizkollegien, sondern dem Kabinettsministerium gebühre (Rabe, Sammlung, Bd. 5 S. 1210), wurde durch den später zu § 95 a. a. O. eingefügten Anhangsparagraphen 120 das Landesjustizkollegium der Provinz durch das Lehnsdepartement ersetzt, weil dieses zu der Zeit „die Haus- und Hoheitssachen mit respizierte" (Hinschius, Juristische Wochenschrift, 1840, S. 468). Die Verordnung vom 27. Oktober 1810, G.S. S. 63, übertrug die Bearbeitung der Standessachen an den Staatskanzler, bis durch die Kabinettsordre vom 11. Januar 1819, G.S. S. 2, das Ministerium des Königlichen Hauses

errichtet wurde. Zur Regelung des gerichtlichen Verfahrens wegen unbefugter Adelsanmaßung erging die Zirkularverfügung vom 16. Februar 1838, welche sämtliche Gerichtsbehörden im Einverständnisse mit dem Ministerium des Königlichen Hauses anwies, „eventuell nicht sofort mit der Einleitung einer Untersuchung vorzuschreiten, vielmehr zuvor den Beweis der Zuständigkeit des Adels zu erfordern, und dem Befunde nach wegen der gesetzwidrigen Anmaßung eine Verwarnung an das betreffende Individuum vorhergehen zu lassen; bei obwaltenden Bedenken aber darüber zur vorgängigen Rückfrage bei dem Ministerium des Königlichen Hauses an das Justizministerium zu berichten. Nur, wenn die erfolgte Verwarnung fruchtlos gewesen und auf dem etwa eingelegten Rekurs keine Aufhebung desselben erfolgt" war, sollte mit Einleitung der Untersuchung verfahren werden (von Kamptz, Jahrbücher, Bd. 51 S. 177). Eine gleiche Anweisung erging durch Reskript vom 17. Oktober 1838 an den Generalprokurator und alle Gerichtsbehörden des Rheinlandes (von Kamptz, a. a. O. Bd. 52 S. 675). Die im Jahre 1848 gegen jeden ausschließlich höfischen Eingriff in die Gestaltung von Rechtsverhältnissen gerichteten Tendenzen führten dahin, daß durch Allerhöchsten Erlaß vom 8. Oktober 1848, G.S. S. 269, das Ministerium des Königlichen Hauses von der Bearbeitung der bisher zu seinem Ressort gehörenden Staatsgeschäfte, nämlich der Thronlehn- und Standessachen, entbunden und dieselbe den Ministerien der Justiz und des Innern übertragen wurde. Nachdem die revolutionären Stürme vorübergerauscht waren, und die neuen verfassungsmäßigen Einrichtungen sich gefestigt hatten, bestimmte der Allerhöchste Erlaß vom 6. August 1854: „Auf den Bericht vom 10. Juli d. J. will ich die . . . Bearbeitung der Standessachen wiederum an das Ministerium des Königlichen Hauses überweisen. Die zu Meiner Vollziehung zu bringenden Erlasse und das Anerkenntnis eines

zweifelhaft gewordenen Adels sind zuvor dem Minister des Innern mitzuteilen. Bei denjenigen Angelegenheiten, welche, wie Adoption und Legitimation, zugleich Justizsachen sind, soll auch die Gegenzeichnung des Justizministers hinzutreten" (G.S. S. 516). In Folge und Ausführung dieses Erlasses erging an sämtliche Gerichte und Staatsanwaltschaften folgende allgemeine Verfügung des Justizministers vom 18. Juni 1855: „Nachdem durch den Allerhöchsten Erlaß vom 16. August 1854 die Bearbeitung der Standessachen an den Minister des Königlichen Hauses überwiesen worden, ist in demselben das Heroldsamt in der durch den Staatskalender für das Jahr 1855, S. 11 nachgewiesenen Zusammensetzung errichtet worden. Auf diese Anordnung werden die Gerichte und die Beamten der Staatsanwaltschaft hierdurch noch besonders aufmerksam gemacht, weil das Heroldsamt vermöge der ihm übertragenen Bearbeitung aller Standesangelegenheiten in manchen Fällen, namentlich bei Adelsanmaßungen und zweifelhaften Adelsstufen, Veranlassung haben kann, mit den Gerichten und den Beamten der Staatsanwaltschaft in Kommunikation zu treten" (J.M.Bl., S. 175). Damit war das Heroldsamt eingeführt.

Zu dem an Stelle des Allgemeinen Landrechts tretenden Bürgerlichen Gesetzbuche mußte die preußische Regierung natürlich Stellung nehmen, welche sie in den Motiven zum Ausführungsgesetze dahin präzisierte: „Das Allgemeine Landrecht wird bei der ihm eigentümlichen Vereinigung von Privatrecht und öffentlichem Recht, soweit es sich auf das öffentliche Recht bezieht, von der reichsgesetzlichen Kodifikation des Privatrechts nicht berührt. Die letztere bietet auch keinen Anlaß, öffentlich-rechtliche Vorschriften des Landrechts landesgesetzlich zu beseitigen. Die Aufhebung landrechtlicher Vorschriften soll daher allgemein nur so weit erfolgen, als sich die Vorschriften nicht auf das öffentliche Recht beziehen" (Materialien, S. 271). Daher hat das Ausführungsgesetz vom 20. September 1899,

G.S. S. 177, durch Artikel 89, 1c fernerhin in Gültigkeit gelassen: 1) im 1. Titel des II. Teils „§ 193 Sie" — die Frau — „nimmt teil an den Rechten seines" — des Ehemannes — „Standes, soweit dieselben nicht allein an seine Person gebunden sind. § 738. Die geschiedene Frau behält in der Regel den bisherigen Rang und Stand des Mannes. § 739. Ist sie aber ausdrücklich für den schuldigen Teil erklärt, so fällt sie in den vor der Ehe gehabten niedrigen Stand zurück. § 740. Ist sie nicht für den schuldigen Teil erklärt worden, so kann sie in den höheren Stand, welchen sie vor der Heirat hatte, wieder hinauftreten." Das Ausführungsgesetz ging von der Anschauung aus, daß das Reichsrecht wohl den Einfluß der Ehe und der Scheidung auf den Familiennamen der Frau bestimme, dagegen den Erwerb und Verlust des Standes im publizistischen Sinne, insbesondere des Adelsstandes, als eine Frage des öffentlichen Rechts grundsätzlich der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten habe (Motive, Bd. 4 S. 106 f., 621 f.; Protokolle der II. Kommission, Bd. 46 S. 97 f.). Aus denselben Erwägungen hat das Ausführungsgesetz im 2. Titel des II. Teils des Allgemeinen Landrechts bestehen lassen: „§ 641. Ist aber die Mutter von adeliger Herkunft, so kann dennoch das uneheliche Kind den adeligen Namen und das Wappen sich nicht anmaßen. § 683. Es" — das angenommene Kind — „überkommt alle Rechte seines Standes, soweit dieselben durch die Geburt aus einer wirklichen Ehe zur rechten Hand fortgesetzt werden. § 684. Ist jedoch der Annehmende von Adel und der Angenommene von bürgerlicher Herkunft, so kann letzterer die Vorrechte und Unterscheidungen des Adels nur mittelst besonderer landesherrlicher Begnadigung erhalten. § 685. Ist der Annehmende bürgerlichen Standes und der Angenommene adeliger Herkunft, so verliert der letztere zwar nicht die Rechte des Adels, er muß aber außer dem Namen des Adoptierenden

zugleich seinen adeligen Familiennamen beibehalten.“ Außer diesen Einzelbestimmungen hat das Ausführungsgesetz noch den ganzen „Von den Rechten und Pflichten des Adelsstandes“ handelnden Titel 9 des II. Teils für unberührt von dem Bürgerlichen Gesetzbuch erklärt. Um keinen Zweifel über die neue Rechtslage zu lassen, beeilte sich der Minister des Innern, durch die Verfügung vom 14. Mai 1900 dieselbe dahin zusammenzufassen: „Die Grundsätze und Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Adels, sowie über die Befugnisse zur Führung adeliger Prädikate gehören dem vom Bürgerlichen Gesetzbuche unberührt gebliebenen Gebiete des öffentlichen Rechts an; diese Auffassung ist bei der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wiederholt zum Ausdruck gelangt und hat eine unzweifelhafte Anerkennung dadurch gefunden, daß das Ausführungsgesetz ... die §§ 641, 684 des 2. Titels, sowie den 9. Titel von der Aufhebung des II. Teils des Allmeinen Landrechts ausgenommen hat. Nach dem in Preußen geltenden Rechte kann der Adel und können die unterscheidenden Momente des adeligen Namens, sofern sie nicht durch die Geburt erworben sind, nur durch landesherrliche Begnadigung erlangt werden. Wenn demnach der adelige Ehemann der Mutter eines unehelichen Kindes diesem auf Grund des § 1706 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch seinen Namen erteilen kann, so ist er doch nicht befugt, den Adel bezw. das Adelsprädikat ohne landesherrliche Genehmigung auf jenes Kind zu übertragen. Selbst wenn daher .... in das Geburtsregister ein Vermerk eingetragen würde, wonach der Rentner v. A. der Anna B. seinen Namen erteilt hat, so würde hierdurch die letztere dennoch nicht das Recht zur Führung des Adelsprädikats erlangen können (§ 5 A.L.R. II, 9).“ (M. Bl. f. i. V. S. 173.) In ähnlicher Weise spricht sich ein nicht veröffentlichtes Reskript der Minister des Königlichen Hauses, der Justiz und des Innern aus, welches auf eine Immediateingabe die Adels-

genossenschaft, die der Besorgnis Ausdruck gegeben hatte, daß durch die Annahme an Kindes Statt mit dem Familiennamen des Annehmenden auch das Adelsprädikat „von“ auf das Kind übertragen werde, mit dem Hinweis auf das Ausführungsgesetz dahin beschied, daß für die Entscheidung der Frage die von dem Bürgerlichen Gesetzbuch unberührt gebliebenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Landesgesetze maßgebend seien. Diesen Anschauungen entsprechend hat das Heroldsamt die logische Konsequenz dahin gezogen, daß jede Entscheidung über die unbefugte Führung adeliger Namen und Prädikate ausschließlich ihm zustehe, so daß auch, wenn ein Adeliger sich dadurch beschwert fühlt, daß ein anderer ohne Berechtigung den gleichen adeligen Familiennamen sich beilegt, nicht das Gericht angerufen werden darf, sondern allein das Heroldsamt endgültig darüber zu befinden hat. Der ohnehin recht schwächliche Schutz des § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten, ... so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen (!). Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen“, erstreckt sich danach nicht auf den adeligen Familiennamen. Mit dieser Ausschließung des privatrechtlichen Schutzes des adeligen Namens stehen die Ausführungsgesetze anderer deutschen Staaten in ausdrücklichem Widerspruche. Die Ausführungsgesetze von Lippe vom 17. November 1899, G.S. S. 498 § 2, von Braunschweig vom 12. Juni 1899, G. u. V.S. Nr. 36 § 24 und von Mecklenburg-Schwerin vom 4. Mai 1899, Reg.-Bl. Nr. 13 § 11, erklären übereinstimmend: „Die Vorschriften des § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Recht zur Führung des Adels entsprechende Anwendung“, und das hessische Gesetz vom 17. Juli 1899, Reg.-Bl. Nr. 24 Art. 3 bestimmt sogar: „Die Vorschriften des § 12 ...

finden auf das Recht zur Führung der Adelsbezeichnungen auch insofern, als sie nicht Bestandteil des Namens sind, entsprechende Anwendung."

Der von der preußischen Regierung proklamierte Grundsatz, welcher jedem in Bezug auf den Adel vorgenommenen Rechtsakt eine privatrechtliche Einwirkung versagt, vielmehr ihn ausnahmslos unter das öffentliche Recht stellt, kann weder aus dem bisherigen, noch aus dem jetzt geltenden Rechte gerechtfertigt werden. Selbst der die Bearbeitung der Standessachen dem bei dem Ministerium des Königlichen Hauses neu errichteten Heroldsamt übertragende Allerhöchste Erlaß vom 16. August 1854 erkennt mit Recht, daß manche Angelegenheiten, wie Adoption und Legitimation, „zugleich Justizsachen" sind, also nicht allein dem öffentlichen Rechte angehören, sondern Rechtsakte sind, welche auf privatrechtliche Verhältnisse einwirken, und daß daher die darauf bezüglichen Erlasse der Gegenzeichnung des Justizministers bedürfen. Auch die Instruktion des Justizministers vom 7. April 1839 hatte bereits erklärt: „Unter Standesverhältnissen sind hier außer den „Familienverhältnissen" nur solche persönliche Zustände zu verstehen, welche, an und für sich betrachtet, Gegenstand einer privatrechtlichen Entscheidung sein können: Annahme an Kindes Statt, Rechtmäßigkeit des Kindes" (G.S. S. 171). Von der gleichen Anschauung ausgehend, hat das Obertribunal weitergehend in logischer juristischer Folgerung in Beziehung auf die Stellung und die Rechte des Adels seine privatrechtlichen Verhältnisse von den öffentlich-rechtlichen gesondert und die ersteren der Entscheidung der ordentlichen Gerichte unterstellt. „Es ist überhaupt", führt es in dem Urteile vom 4. November 1861 unter Berufung auf Autoritäten, wie Bluntschli, Beseler, Seuffert u. a. aus, „zwischen der Frage, ob jemand von adeligem Stande sei, als einer dem öffentlichen Rechte angehörigen, und

der, ob jemand Mitglied einer bestimmten adeligen Familie sei, als einer die Privatrechte betreffenden, zu unterscheiden. Begehren nun die Kläger nicht über die erstere, sondern über die letztere Frage ein Erkenntnis, kann ferner von der Mitgliedschaft einer Familie unter Umständen auch die Führung eines gewissen Namens und Wappens abhängig sein, so erscheint der betreffende klägerische Anspruch nicht schon aus dem Grunde, daß er nicht Gegenstand eines Civilprozesses sei, als hinfällig" (Entsch., Bd. 46 S. 193).

Die Rechtslehre hat bisher vergeblich unternommen, einen einheitlichen festen Standpunkt zu gewinnen. Sie macht in einem ansehnlichen Teile ihrer Vertreter ihre Stellung zu der Frage, ob der Schutz, den der § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewährt, auch dem Adelsnamen zu gute komme und mithin, als privatrechtlich, der Entscheidung der ordentlichen Gerichte unterliege, von der Beantwortung der Frage abhängig, ob das Wort „von" vor einem Familiennamen lediglich den adeligen Stand bezeichnet oder einen Teil des Familiennamens bildet. Die erstere Ansicht wird vertreten von Küntzel (Gruchot, Erläuterungen, Bd. 41 S. 443), Sohm (Deutsche Juristenzeitung, 1899, S. 8), Endemann (Einführung in das B.G.B., Bd. 1 § 37 Nr. 2), Dernburg (Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 1 § 26 II), Hölder (Erläuterungen zu § 12 Nr. 1, 6—8) und Planck: „Die Worte ‚von' und ‚van' kommen vereinzelt bei den Namen nichtadeliger Personen vor. Hier bilden sie unzweifelhaft einen Teil des Familiennamens. Wo das Wort ‚von' aber dem Namen eines Adeligen vorangesetzt wird, bezeichnet es nach der geschichtlichen Entwickelung und jedenfalls nach der im Verkehre herrschenden Auffassung den Adel der betreffenden Person. Es bedarf auch nicht einer Untersuchung, ob das Wort ‚von' schlechthin den Adel bezeichnet, oder ob der Adelige das Recht hat, das Wort ‚von' seinem Familiennamen hinzu-

zufügen; denn auch in dem letzteren Falle handelt es sich sachlich um ein Adelszeichen" (Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1903, Bd. 1 § 12 Anm. 3). Die Adelsfrage ist danach ausschließlich öffentlich-rechtlich und jeder Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs verschlossen. Eine Ausnahme zu Gunsten der Anwendung der Vorschrift des § 12 macht Planck nur dann, wenn es sich um ein anderes besonderes landesgesetzlich anerkanntes Persönlichkeitsrecht, das Wort ‚von', oder ein anderes Adelsprädikat dem Familiennamen hinzuzufügen, handelt (a. a. O. Anm. 5). Eine vermittelnde Stellung nimmt Gierke ein, welcher für das uneheliche Kind eines adeligen Vaters den Erwerb des Adels durch Legitimation mit nachfolgender Ehe für zulässig erklärt, jedoch mit der Einschränkung, daß es, als unadelig geboren, von allen Rechten, welche adelige Geburt erfordern, ausgeschlossen bleibt. Dagegen hält er den Erwerb des Adels durch Annahme an Kindes Statt nicht für angängig, erfordert hier vielmehr die landesherrliche Verleihung (Deutsches Privatrecht, § 48 Anm. 5). Der deutsche Juristentag, welcher sich wiederholt mit der Frage beschäftigt hat, hat zu keiner festen Entscheidung gelangen können. Der 24. Juristentag hat zwar ungeachtet der übereinstimmend entgegengesetzten Ansicht seiner Gutachter (Verhandlungen, Bd. 3); von Bülow (XXIII S. 118 ff.); Krückmann (XXIV S. 151 ff.) und Opet (XXV S. 191 ff.) ausgesprochen, daß der § 12 das Recht des Adels nicht schütze, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Adel, weil er ein Institut des öffentlichen Rechts sei, nicht vorhanden seien, daß daher der Erwerb des niederen Adels durch uneheliche Geburt, auch einer adeligen Mutter, durch Legitimation, Ehelichkeitserklärung und Annahme an Kindes Statt ausgeschlossen sei. Der 25. Juristentag beschränkte sich jedoch auf folgende, eine andere Ansicht nicht ganz ausschließende Resolution: „Durch das Bürgerliche Gesetzbuch werden die Vor-

schriften über den Uebergang und die Führung von Adelszeichen nicht berührt. Die höheren Adelstitel, wie ‚Freiherr‘, ‚Graf‘, ‚Fürst‘, ‚Herzog‘, sind bloße Adelszeichen, nicht Namensbestandteile. Ueberwiegende Gründe sprechen dafür, bei adeligen Familiennamen das einfache ‚von‘ heute als bloßes Adelszeichen zu betrachten“ (Verhandlungen, Bd. 3 S. 73). In gleichem Sinne, wie die genannten Gutachter des 24. Juristentages, haben sich Cohn (Bürgerliches Gesetzbuch, S. 96) und namentlich Rehbein ausgesprochen, welcher sich dahin äußert: „Name im Sinne des § 12 ist auch der adelige Name, insofern er Familienname ist, d. h. die Familienzugehörigkeit bezeichnet .... Wie der Adel erworben wird, insofern er als Stand öffentlich-rechtlich in Betracht kommt, bestimmt das öffentliche Recht, aber ob der adelige Familienname infolge privatrechtlicher Verhältnisse und juristischer Tatsachen privatrechtlicher Natur, Ehe, Geburt, Rechtsakt, erworben wird, ist lediglich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu beurteilen ...., auch für den Fall der Adoption und Legitimation, nachdem das öffentliche Recht keinen Anstand genommen hat, auch dem mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraften Zuchthäusler den adeligen Familiennamen zu belassen“ (Erläuterungen zu §§ 1—20 V, 4).

Die Rechtsprechung hat sich recht häufig mit der Adelsnamenfrage zu beschäftigen Anlaß gehabt. Auch der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte hat, nachdem er anerkannt hat, daß das Ministerium des Königlichen Hauses, obwohl es eine zum Königlichen Hofe gehörende Behörde ist und sich als solche von den sonstigen Staatsbehörden unterscheidet, doch insoweit es mit Bearbeitung staatlicher Angelegenheiten ressortmäßig befaßt ist, zu den Behörden im weiteren Sinne gehört, eine materielle Entscheidung nicht abgelehnt (Entscheidung vom 16. Februar 1895, J.M.Bl.

S. 426). Diese behördliche Stellung des Heroldsamts hat übereinstimmend das Reichsgericht noch genauer dahin präzisiert: „Der Minister des Königlichen Hauses und damit auch das, eine ihm' untergeordnete Abteilung bildende Heroldsamt gehört, insoweit es mit der Bearbeitung staatlicher Angelegenheiten ressortmäßig befaßt ist, zu den staatlichen Behörden, wenngleich es sich in staatsrechtlicher Beziehung von den sonstigen verfassungsmäßigen Behörden unterscheidet. Die Verfügungen des Heroldsamts haben danach an sich öffentlichen Charakter" (Entscheidung vom 8. März 1900 in Sachen Schütz c/a Heroldsamt, ungedruckt). Kann sonach die Prozeßfähigkeit des Heroldsamts an sich Bedenken nicht unterliegen, so ist doch die Rechtsprechung in Bezug auf dasselbe noch eine etwas verworrene und widerspruchsvolle insofern, als das Kammergericht sich zur Entscheidung von civilprozessualischen Rechtsstreitigkeiten in letzter Instanz für berechtigt erachtet, da sie nur den Landesgesetzen unterliegende öffentlichrechtliche Fragen zum Gegenstande haben, während das Reichsgericht seinerseits die eigene Zuständigkeit zur Entscheidung über die dem Privatrechte nicht entzogenen Gegenstände nicht bezweifelt. Allgemein herrscht darüber freilich Uebereinstimmung, daß die Frage, ob jemand dem Adelsstande angehöre, öffentlich-rechtlicher Natur sei und daher an sich der Entscheidung im Wege des Civilprozesses nicht unterzogen werden könne (Urteil des Kompetenzkonflikts-Gerichtshofs vom 16. Februar 1895; Urteil des Reichsgerichts vom 8. März 1900). Eine Entscheidung des Heroldsamts, welche sich innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit bewegt, entzieht sich der Anfechtung im ordentlichen Rechtswege (Urteil des Reichsgerichts vom 31. Januar 1901, J.M.Bl., 1902, S. 24). Für die Frage der Zugehörigkeit zum Adelsstande ist in Preußen das Heroldsamt die allein zuständige Behörde (Beschluß des Kammergerichts in Sachen Stein c/a Graf Finckenstein vom 17. März 1900,

ungedruckt, und vom 20. Oktober 1902, J.M.Bl., 1903, S. 12; Jahrbuch, Bd. 25 S. A 88). Allein über die Grenzen der Zuständigkeit des Heroldsamts, die Frage, ob und welche Rechte einer dem Adelstande angehörenden Person privatrechtlicher Natur und von den ordentlichen Gerichten vor ihr Forum zur Entscheidung zu ziehen sind, gehen die Anschauungen weit auseinander, wobei auffallenderweise die Enscheidungen des Kammergerichts mehrfach unter sich im Widerspruch stehen.

Den radikalsten Standpunkt zu Gunsten der Befugnisse des Heroldsamts nimmt der erwähnte Beschluß des Kammergerichts vom 20. Oktober 1902 ein, welcher das Heroldsamt für befugt erklärt, die Richtigstellung der Bezeichnung eines — angeblich — zu Unrecht als adelig mit dem Adelsprädikate in dem Grundbuche eingetragenen Eigentümers bei dem Grundbuchamte zu betreiben und bei Ablehnung seiner Anträge im Beschwerdeweg durchzusetzen. Die Begründung des Beschlusses hebt zunächst hervor, daß das Kammergericht in feststehender Rechtsübung angenommen habe, daß das Heroldsamt hinsichtlich der zu Unrecht mit einem Adelsprädikate in den Kirchenbüchern und Standesregistern erfolgten Eintragungen befugt sei, einen Antrag auf Berichtigung bei der standesamtlichen Aufsichtsbehörde zu stellen (§ 66 Abs. 2 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875). Das Heroldsamt erscheine überhaupt befugt, im Falle der Nichtanerkennung eines Adels diese Entscheidung gegen die Beteiligten durchzusetzen und auf Beseitigung der Adelsprädikate, wo sie zu Unrecht zur Anwendung gekommen sind, bei den in Betracht kommenden zuständigen Behörden (standesamtliche Aufsichtsbehörden, Gerichte, Polizeibehörden rc.) hinzuwirken. „Was das Grundbuch betrifft", führt die Begründung weiter aus, „so gehört das Heroldsamt allerdings nicht zu den nach § 13 Abs. 2 der Grundbuchordnung" („Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht

von der Eintragung betroffen wird, oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll") „antragsberechtigten Grundbuchsbeteiligten, auch kann der § 39, welcher von der Befugnis der Behörden handelt, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, unmittelbar nicht herangezogen werden, weil er voraussetzt, daß nach einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift eine bestimmte Behörde befugt ist, eine bestimmte Art von Eintragungen bei dem Grundbuchamte herbeizuführen. Jedoch ist unbedenklich anzunehmen, daß die hier in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Befugnisse des Heroldsamts, mit deren Handhabung dasselbe zudem in die rechtlichen Verhältnisse der Grundstücke oder der Rechte an solchen in keiner Weise eingreift, da es sich lediglich um die Beseitigung einer unrichtigen Bezeichnung ein und desselben Berechtigten handelt, von den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht berührt wird." Man kann zugeben, daß das Heroldsamt im Sinne des § 66 Abs. 2 des Personenstandsgesetzes berechtigt ist, einen Antrag auf Berichtigung zu stellen. Das Kammergericht übersieht aber, daß das Gericht erster Instanz, dem die abgeschlossenen Verhandlungen vorgelegt werden müssen, „den Antragsteller geeignetenfalls auf den Prozeßweg verweisen" und somit die Entscheidung der Frage dem *ordentlichen Richter* übertragen kann. Wenn jedoch das Kammergericht mit vollem Rechte annimmt, daß das Heroldsamt zu den antragsberechtigten Grundbuchbeteiligten nicht gehört und auch nicht „unmittelbar" befugt sei, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, weil die Voraussetzung, welche nur gesetzlich ausdrücklich bestimmten Behörden eine bestimmte Art von Eintragungen bei dem Grundbuchamte herbeizuführen gestattet (vergl. *Turnau* und *Förster*, Grundbuchordnung, Anm. zu § 13 Abs. 2), mangele, so entbehrt die von ihm dem Heroldsamte eingeräumte Berechtigung jeder gesetzlichen Grundlage. Denn darüber kann kein Zweifel bestehen, daß die

Vorschriften der Grundbuchordnung, welche eine Einwirkung auf die Eintragungen des Grundbuchs zulassen, bei dessen absolutem, unverletzlichem und durch das allgemeine Vertrauen geheiligtem Charakter nur die strikteste Auslegung vertragen und nicht auf Unbeteiligte ausgedehnt werden dürfen, wennschon es sich auch nur „um die Beseitigung einer unrichtigen Bezeichnung ein und desselben Berechtigten" handeln sollte.

Ebenfalls am 20. Oktober 1902 hat jedoch der Strafsenat des Kammergerichts durch Urteil der Zuständigkeit des Heroldsamts engere Grenzen gezogen mit folgender Begründung, deren überzeugender Wirkung man sich schwerlich entziehen kann: „Soweit Gesetze nicht das Gegenteil bestimmen, hat der Strafrichter über alle Voraussetzungen seines Urteils selbst und ausschließlich zu befinden. Entscheidungen und Verfügungen anderer Behörden haben für ihn nur die ihnen im Rechtsleben beigelegte konstitutive, d. h. rechtserzeugende, rechtsverändernde, rechtsaufhebende, aber keine deklaratorische, d. h. feststellende Bedeutung. Das Gericht hat selbständig zu prüfen, ob jemand unbefugt Adelsprädikate angenommen hat. Diese Entscheidung kann nicht dem Heroldsamte überlassen werden. Dem Ministerium des Königlichen Hauses bezw. dem ihm untergeordneten Heroldsamte ist in Preußen die Bearbeitung der Standes- und Adelssachen in Wahrnehmung staatlicher Hoheitsrechte übertragen. Diese Hoheitsrechte, soweit sie hier interessieren, sind die Verleihung des Adels, die Anerkennung des Adels und die Erneuerung des Adels, dessen sich die Familie in zwei Geschlechtsfolgen nicht bedient hat (§ 95 A.L.R. II, 9). Diese Akte sind konstitutiver Natur und dem Ministerium des Königlichen Hauses bezw. dem Heroldsamte anvertraut. Soweit ein solcher Akt zur Führung des Adels notwendig ist, bedeutet seine Verweigerung durch jene Behörde allerdings, daß die Annahme des Adels unbefugt ist. Soweit es aber eines

solchen Aktes nicht bedarf, soweit es sich also um die Behauptung eines inländischen Erbadels handelt, bei welchem die Voraussetzungen des § 95 nicht vorliegen, hat die Entscheidung des Heroldsamts für den Strafrichter nur die Bedeutung eines Gutachtens, welches ihn nicht der Pflicht enthebt, es auf seine Richtigkeit zu prüfen und eventuell weitere Gesichtspunkte und Beweismittel heranzuziehen, um selbst zu entscheiden, ob jemand unbefugt Adelsprädikate angenommen hat oder nicht" (Goldtammer, Archiv, Bd. 51 S. 60). Die Staatsregierung hat sich der in dem Beschlusse des Kammergerichts dargelegten Anschauung angeschlossen, was daraus zu entnehmen ist, daß sie ihn im Justizministerialblatt von 1903, S. 12 veröffentlicht hat. Dem Urteile des Strafsenats hat dagegen auch das Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts keine Beachtung geschenkt. Indes findet sich die von ihm vertretene Ansicht bereits in einem Beschlusse des Kammergerichts vom 10. Januar 1901 als Rechtsgrundsatz dahin ausgesprochen: „Von der Frage, ob jemand dem Adel angehört, müssen unterschieden werden die anderen, ob jemand Mitglied einer bestimmten adeligen Familie ist, oder ob jemand durch unbefugte Führung eines Adelsprädikats sich strafbar gemacht hat. Diese Fragen sind von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden" (Jahrbuch, Bd. 23 S. A 192).

Nähert sich damit das Kammergericht der von Rehbein, von Bülow u. a. vertretenen Richtung, so wird es auch das Reichsgericht an seiner Seite finden. Dasselbe hat schon, noch unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts, durch Urteil vom 7. Mai 1880 den Rechtsgrundsatz des Obertribunals unter Berufung auf die von diesem aufgerufenen Autoritäten sich zu eigen gemacht und dahin wiederholt: „Die Vorrechte des Adels als eines besonderen Standes beruhen zwar der Mehrzahl nach auf dem öffentlichen Rechte; allein das Recht

zur Führung des Titels und Wappens eines bestimmten adeligen Geschlechts gehört dem Privatrechte an. Es ist bedingt durch die Angehörigkeit zu dieser bestimmten adeligen Familie, und sein Gebrauch ist ein Kennzeichen dieser Angehörigkeit" (Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 2 S. 145). Das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs konnte das Reichsgericht natürlich nur veranlassen, die Trennung der privatrechtlichen von der öffentlich-rechtlichen Seite in der Stellung des Adels zu noch bestimmterem Ausdruck zu bringen. Gleich in einem Urteile vom 5. April 1900 hat das Reichsgericht erklärt, daß das Recht einer Person, einen bestimmten Familiennamen zu führen, nicht innerhalb der Grenzen der Zuständigkeit des Heroldsamts falle, das Namensrecht sei kein Standesrecht; sonach falle die Frage, ob eine Person zur Führung eines bestimmten Namens befugt sei, nicht unter den Begriff einer Standessache. „Die Verfügungen des Heroldsamts, die lediglich das Namensrecht einer Person zum Gegenstande haben, entbehren sonach, da sie außerhalb seiner öffentlich-rechtlichen Funktion stehen, der amtlichen Autorität, so daß ihre Anfechtung dem ordentlichen Rechtswege nicht entzogen ist" (Juristische Wochenschrift, 1900, S. 422). Noch entschiedener schließt sich das Reichsgericht in dem Urteile vom 30. November 1903 der Rehbeinschen Rechtsanschauung an, zum Teil sogar unter wörtlicher Aneignung seiner Ausführungen; es sagt: „Das privatrechtliche Namensrecht, ein Persönlichkeitsrecht, hat seine Anerkennung und Ausgestaltung gefunden im § 12 . . . Das Bürgerliche Gesetzbuch und somit auch der § 12 läßt nun zwar das Adelsrecht als solches unberührt. Es kommt aber bei dem adeligen Namen sowohl eine öffentlich-rechtliche, wie auch eine privatrechtliche Seite in Betracht. Erstere tritt hervor durch die auch dem adeligen Namen innewohnende Bestimmung, die Zugehörigkeit des Trägers des Namens zum Adelsstande überhaupt oder zugleich auch zu einer besonderen Adelsklasse zum

Ausdruck zu bringen; letztere macht sich geltend bei der untrennbar mit dem adeligen Namen zugleich verbundenen Bestimmung des bürgerlichen Namens, im Verkehr die einzelnen Personen von anderen zu unterscheiden, also als Individuen zu kennzeichnen. Soweit der adelige Name zugleich diesem allgemeinen Namenszwecke zu dienen hat, ist er nicht bloßes Prädikat und Titel, wie z. B. der bloß persönliche Adel in Bayern und Württemberg, und vielfach, nicht immer, die Titel ‚Freiherr', ‚Graf', ‚Fürst', ‚Herzog' 2c., und wird also folgerichtig durch § 12 ebenso geschützt, wie der bürgerliche Name. Dies gilt insbesondere unterschiedslos von dem adeligen Namen, bei denen die Zugehörigkeit des Trägers des Namens zum Adelsstande lediglich durch das Wort ‚von' oder ‚zu' oder ‚auf' oder ein ähnliches Wort ausgedrückt wird, und erledigt sich damit zugleich für die Anwendbarkeit des § 12 die vielumstrittene Frage, ob diese Worte, namentlich das Wort ‚von', welche dem eigentlichen Namen des Adels vorangesetzt zu werden pflegen, einen Teil des Familiennamens bilden, oder ob sie allein zur Bezeichnung des adeligen Standes bestimmt sind. Der Anspruch, daß jemand sich nicht mehr ‚v. B.' nennen soll, ist nicht im Adel des Verlangenden, sondern im Namensrecht aus § 12 begründet. Sonach war der Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs zu verwerfen" (Jur. Wochenschr., 1903, S. 53).

Daß diese zwiespältige Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit ausgeglichen und einer einheitlichen festen Grundlage zugeführt werden muß, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Um eine solche Ausgleichung in verdienstlicher Weise bemüht gewesen ist von Bülow, welcher für Preußen eine besondere gesetzliche Regelung verlangt (Deutsche Juristenzeitung, 1896, Nr. 22 S. 432 ff.). Eine solche muß indes daran scheitern, daß nach Art. 53, 58 des Einführungsgesetzes nur diejenigen Rechtsgebiete privatrechtlicher Natur landesgesetzlich geregelt

werden dürfen, welche durch die Reichsgesetze ausdrücklich der Landesgesetzgebung vorbehalten worden sind. Daher müssen die Bestimmungen der Ausführungsgesetze von Lippe, welches für die Adoption, und von Mecklenburg-Schwerin, welches für diese und die Legitimation die landesherrliche Genehmigung erfordert, ebenso wie die Vorschriften des preußischen Ausführungsgesetzes, soweit sie in das privatrechtliche Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingreifen, wirkungslos bleiben. Die Ehelichkeitserklärung bietet keine Schwierigkeit, da sie nur durch staatliche Verfügung, welche ohne Angabe von Gründen versagt werden kann, erfolgt (B.G.B. §§ 1723 Abs. 1, 1734). Aber für die Annahme an Kindes Statt und die Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe hat das Gesetz für den Staat keine solche Handhabe bereit. Es würde daher nichts übrig bleiben, als die Bestimmungen des Einführungsgesetzes reichsgesetzlich zu ergänzen, falls das Bedürfnis dazu als unabweisbar sich erweisen sollte. Daß jedoch dafür eine Mehrheit im Reichstage sich finden würde, darf füglich bezweifelt werden.

Jedenfalls erscheint es aber unerläßlich und nicht mehr aufschiebbar, daß die Rechtsprechung die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht scharf und unmißverständlich zieht und festhält. Die notwendige und zur Klärung nicht unersprießliche Folge würde dann sein, daß an Stelle des Kammergerichts zur Entscheidung der Adelsstreitigkeiten, welche die Behauptung eines inländischen Erbadels und die Zugehörigkeit zu einer bestimmten adeligen Familie zum Gegenstande haben, als letzte Instanz das Reichsgericht tritt.

IX.

Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts.

Von Professor Dr. **W. v. Blume** in Halle a. S.

I. Der status controversiae.

Ein oft erörterter Schulfall: Ein minderjähriger Student wird von seinem Vater auf die Universität gesandt und ihm ein monatlicher „Wechsel" von 100 M. zugesagt. Welchen Einfluß hat dieser Vorgang auf die Gültigkeit der von dem Studenten in der Universitätsstadt geschlossenen Verträge?

Wer auf diese Frage eine unzweideutige Antwort vom B.G.B. erwartet, sieht sich enttäuscht. Die einschlägigen Bestimmungen sind die §§ 107 und 110 des Gesetzes. Mit Bezug auf sie hat schon Hachenburg[1]) bemerkt: „Das Gefühl, daß der Boden hier wankt, wird man nicht los."

„Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters."

„Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang

1) Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., S. 455.

an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen sind."

Darf man nach diesen Bestimmungen der §§ 107, 110 annehmen, daß eine wirksame Einwilligung zu künftigen Verträgen des Minderjährigen schon dann vorliegt, wenn ihm Mittel zu einem bestimmten Zwecke oder zu freier Verwendung überlassen sind? Oder allgemeiner ausgedrückt: Kann die nach § 107 erforderliche Einwilligung von dem gesetzlichen Vertreter auch in Form einer allgemeinen Ermächtigung zu Rechtsgeschäften, die einer bestimmten Art angehören oder einem bestimmten Zwecke dienen, erteilt werden?

Hachenburg (a. a. O.) meint: „In häufigen Fällen wird man eine generelle Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zum Abschlusse solcher Rechtsgeschäfte annehmen, sobald dieser die Erlaubnis zu der Tätigkeit oder Stellung, welche diese Ausgaben mit sich bringt, erteilt." Dagegen nimmt Endemann (8. Aufl., Bd. 1 S. 131) an, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters müsse regelmäßig für den einzelnen Fall erteilt werden.

Hiergegen äußert wiederum Dernburg (Bd. 1 S. 359), von dieser Forderung wisse das Gesetz nichts. Nur das sei richtig, daß eine ganz allgemeine Einwilligung zu Rechtsgeschäften des Minderjährigen unzulässig sei; denn sonst würde der Vormund dem Minderjährigen die Stellung eines Volljährigen verleihen können. Wenn aber der gesetzliche Vertreter zugestimmt habe, daß der Minderjährige sich als Lehrling, Schüler, Student für seinen Beruf vorbereite oder in die Armee eintrete, so habe er damit auch seine Einwilligung zu denjenigen Rechtsgeschäften des Minderjährigen erklärt, die die gewählte Lebenslage erfordere. Ihm schließt sich Rehbein

an, indem er bemerkt (Anm. 4 zu § 104 fg., S. 113): „Der Vater oder Vormund, der dem Studenten, dem in die Armee Eintretenden, dem Schüler, Lehrling ꝛc. die Mittel zum Lebensunterhalt, zur Wohnung, zur Ausrüstung, zum Belegen der Vorlesungen gibt, willigt darein, daß der Minderjährige die erforderlichen Verträge schließt.“ Nur das Kreditieren darf nach Rehbein nicht als genehmigt gelten, es sei denn, daß der Minderjährige mittellos gelassen wird.

Auf die Gegenseite tritt mit Entschiedenheit Crome (Bd. 1 S. 368): „Nicht schon die Ueberlassung der Fonds allein, sondern erst die tatsächliche Verwendung derselben zur vertragsmäßigen Leistung (Erfüllung des Geschäftes) macht den Vertrag wirksam. Vorher besteht regelmäßig noch keine genügende Beziehung der in der Ueberlassung liegenden Zustimmung zu dem einzelnen Geschäft, so daß man sagen könnte, der Vertreter habe gerade zu diesem eingewilligt.“ Ebensowenig will Planck (Anm. 5 zu § 110) irgendwelche Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen schon deshalb als wirksam gelten lassen, weil der Minderjährige sich mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters in einer Stellung befindet, in der er selbst für seinen Unterhalt oder seine Ausbildung zu sorgen hat. Wie Endemann, Crome, Planck beurteilt Gareis (Anm. 1 zu § 110) die Sachlage; Enneccerus, Eck, Kuhlenbeck, Hölder, Matthiaß sind wohl auf diese Seite zu stellen, da sie alle aus § 110 nur die Möglichkeit herleiten, daß der Minderjährige einen unwirksam abgeschlossenen Vertrag durch Erfüllung wirksam mache. Dagegen stehen auf der Seite von Hachenburg, Dernburg, Rehbein wiederum Cosack (§ 55 Nr. II, 3) und Staudinger (Anm. 1, 2 zu § 110).

Diese, einen Anspruch auf Vollständigkeit keineswegs erhebende, Uebersicht über die Literatur unserer Frage dürfte ge-

nügen, um die Behauptung zu begründen, daß man das von Hachenburg geschilderte unbehagliche Gefühl auch dann nicht los wird, wenn man in der Literatur nach einem Stützpunkte sucht. Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, auch an dieser Stelle des Gesetzes festen Boden zu gewinnen.

II. Einwilligung und Vollmacht.

Zwei rechtliche Möglichkeiten hat der Mundwalt eines dem Kindesalter entwachsenen Minderjährigen, um Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen das Vermögen des Mündels zum Abschlusse zu bringen: er kann selbst für den Mündel eintreten oder den Mündel für sich selber eintreten lassen.

Da der Mundwalt die Verwaltung des Vermögens des Mündels führt, so ist die erste Möglichkeit die Regel. Er ist aber in der Lage, da, wo die Rücksicht auf das Wohl des Mündels es gestattet oder gar fordert, diesem die Verwaltung bestimmter Einkünfte oder auch bestimmter Teile des Stammvermögens zu überlassen; er kann ihm ein Taschengeld aussetzen, ihn eine Reise machen, ein Handelsgeschäft betreiben lassen. Die Grenze für diese Möglichkeit ergibt sein pflichtgemäßes Ermessen, das, wenn er Vormund ist, unter ständiger Aufsicht des Vormundschaftsgerichts steht und auch, wenn er Inhaber der elterlichen Gewalt ist, nicht jeder Kontrolle ermangelt.

Soll der Mündel verwalten, so muß er auch rechtlich wirksam handeln können — das ist selbstverständlich. Er muß also eine gewisse „Geschäftsfähigkeit" haben. Wie aber verträgt sie sich mit der Unmündigkeit des Minderjährigen? Die Vermittelung gibt der Rechtssatz, daß der Minderjährige zu allen Rechtsgeschäften, die ihm nicht lediglich „einen rechtlichen

Vorteil" bringen, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf (§ 107 B.G.B.).

Der Zweck der Bestimmung ist offenbar dieser: dem Minderjährigen auch für solche Handlungen, die er selbst vornimmt, den Beistand und damit die Einsicht und Erfahrung des Mundwaltes zu sichern. Das Mittel zur Erreichung des Zweckes aber ist, daß die Wirksamkeit des von dem Minderjährigen vorgenommenen Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird von der Erklärung des Mundwaltes, ob er es gelten lassen wolle oder nicht.

Diese Erklärung kann im voraus abgegeben werden oder nachträglich. Im ersten Falle heißt sie nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes „Einwilligung", im zweiten Falle „Genehmigung".

Schon diese Ausdrucksweise deutet auf Beziehungen zwischen der Zustimmung, die der Mundwalt der Handlung des Mündels und der Zustimmung, die der Geschäftsherr der Handlung des Vertreters zu teil werden läßt. Und in der Tat handelt es sich in beiden Fällen um dieselbe Technik: die Wirksamkeit, die einem Vertrage seiner Bestimmung nach zukommen soll, wird davon abhängig gemacht, wie ein Dritter sich zu dem Vertrage stellt. So trägt denn das Gesetz kein Bedenken, in § 182 fg. für die nachträgliche Genehmigung Bestimmungen zu geben, die ebensowohl die Genehmigung des Geschäftsherrn wie die des Mundwaltes betreffen.

Hierüber hinausgehend, betrachtet eine weitverbreitete Anschauung die Einwilligung des Mundwaltes und die Vollmacht als wesensverwandt oder gar — um mit Cohn, „Das B.G.B. in Sprüchen" zu reden — als „Zwillingsschwestern". Denn, das ist die Begründung, die Vollmacht gibt dem Stellvertreter die Verfügungsmacht über das fremde

Vermögen, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gibt dem Minderjährigen die Verfügungsmacht über sein eigenes Vermögen [1]).

Von diesem Standpunkte aus wäre die Antwort auf unsere Frage leicht zu geben. Daß die Vollmacht generell, d. h. für Rechtsgeschäfte bestimmter Art oder bestimmten Zweckes, aber ohne vorausbestimmten Inhalt, erteilt werden kann, ist zweifellos. Denn, wieweit der einzelne einem anderen Vertretungsmacht, also die Macht, über sein, des Vertretenen, Vermögen Bestimmungen zu treffen, anvertrauen will, das überläßt das Gesetz dem Belieben dessen, den es angeht. Die Einwilligung des Vormundes aber ist, so wird nun weiter geschlossen, der Vollmacht parallel und unterliegt daher auch gleicher gesetzlichen Behandlung [2]) — also ist es selbverständlich, daß der gesetzliche Vertreter Ermächtigungen nicht nur speziell, sondern auch allgemein für einen Kreis von Rechtsgeschäften erteilen kann [3]). Sollte etwas anderes gelten, so müßte das ausdrücklich gesagt sein [4]).

Diese Schlußfolgerung leidet an dem Fehler, daß der Vordersatz unrichtig ist. Daß zwischen Vollmacht und Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach den Bestimmungen des Gesetzbuchs eine gewisse Verwandtschaft besteht, kann zwar angesichts der §§ 182 fg. schlechterdings nicht geleugnet werden. Aber diese Verwandtschaft ist, wie schon gezeigt wurde, zunächst rein technischer Natur. Dagegen ist die Frage, die es zu beantworten gilt, aus dem Zwecke des Rechtsinstituts der Zu-

1) Motive, Bd. 1 S. 246; Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines B.G.B. (Heft 7 und 8 von Bekkers und Fischers Beiträgen), S. 50.

2) Zitelmann a. a. O.

3) Kipp, Zusatz zu Windscheids Pandekten, § 71 S. 282.

4) Zitelmann, a. a. O. S. 67.

stimmung heraus zu beantworten. Hier kann der Hinweis auf die Vollmacht nur helfen, wenn eine Zweck-Verwandtschaft zwischen diesem und jenem Rechtsinstitut nachgewiesen ist. Diese ist aber auf das entschiedenste zu leugnen. So ähnlich die Erscheinung, so verschieden der Rechtsgrund!

Das tritt sofort hervor, wenn man den Versuch macht, die Zulässigkeit einer generellen Einwilligung des Vormundes mit denselben Gründen zu stützen, die die Zulässigkeit der generellen Vollmacht erweisen. Inwieweit der Vormund dem Mündel Macht geben will, über sein Vermögen Bestimmungen zu treffen, das wäre dem Belieben des Vormundes überlassen? Steht es etwa in seinem Belieben, dem Mündel das Vermögen auszuantworten und damit die Verantwortung von sich selbst abzuwälzen? Wenn dem aber nicht so ist, sind dann etwa vormundschaftliche Einwilligung und Vollmacht auch ihrem rechtlichen Grunde nach Zwillingsschwestern?

Daß die Sache doch etwas anders liegt, ist auch vielen von denen nicht verborgen geblieben, die dem Vormunde eine generelle Zustimmung ermöglichen wollen. Das beweisen die mehrfach wiederkehrenden Versuche, einen Unterschied zu machen zwischen einer „allgemeinen Einwilligung", die dem Vormunde gestattet, und einer „ganz allgemeinen Einwilligung", die ihm deshalb nicht gestattet sein soll, weil er damit dem Mündel Geschäftsfähigkeit verleihen würde[1]). Aber eine klare Erkenntnis dessen, daß die „Analogie der Vollmacht gegenüber der vormundschaftlichen Einwilligung auf die im Gesetzbuche verzeichneten Punkte zu beschränken" ist, weil die eine den Bedürfnissen des Vollmachtgebers, die andere aber dem Wohle des Mündels dienen soll — diese immerhin naheliegende Erkenntnis findet sich, soviel ich sehe, nur bei R. Leonhard[2]).

1) So Dernburg, Staudinger a. a. O.

2) Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 336.

Es ist daher angezeigt, der hier angedeuteten Unterscheidung noch etwas mehr auf den Grund zu gehen. Erst, wenn die juristische Natur der vormundschaftlichen Zustimmung genauer bestimmt ist, wird gesagt werden können, ob es sich mit ihr verträgt, daß die Zustimmung in Gestalt einer allgemeinen Einwilligung erteilt wird.

III. Die Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung.

Wer mit Wirkung für oder gegen einen anderen an dessen Stelle handeln will, bedarf der Vollmacht oder der Genehmigung dessen, den er vertritt, sofern er nicht gesetzliche Vertretungsmacht hat.

Ich verwende hier, um die Rechtslage zu zeichnen, die in der Juristensprache gebräuchlichen und vom Bürgerlichen Gesetzbuche übernommenen Ausdrücke, ohne damit in den Streit eintreten zu wollen, der seit Schloßmanns Angriff um die Berechtigung der Begriffe „Vollmacht" und „Vertretungsmacht" gekämpft wird. Denn eine Auseinandersetzung mit Schloßmann würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen und ist für ihre Zwecke nicht erforderlich.

Vollmacht und Genehmigung sind Bestimmungen, die der Geschäftsherr im Hinblick auf die Wirkung des Geschäftes trifft, das ihn angeht oder, um wieder den gebräuchlichen Ausdruck zu verwenden, „in seinem Namen" vorgenommen worden ist. Der Grund aber, auf dem die Wirkung seiner Bestimmung beruht, ist dieser, daß er an dem Geschäfte beteiligt ist, weil es nach der Absicht der Mitwirkenden seine Rechtsverhältnisse verändern soll. Diese materielle Beteiligung führt zur formellen Beteiligung durch Zustimmung.

So wird man die herrschende Anschauung wiedergeben dürfen. Aber auch Schloßmann, und wer ihm folgt, wird gegen den Satz: „Weil die Vertragschließenden ihn am Ergeb-

nisse des Vertrages beteiligten, hat der Geschäftsherr das Recht, die Wirkungen des Vertrages auf sich herüberzuleiten", kaum etwas einzuwenden haben.

Man wird hier füglich von einer Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung reden dürfen. Ihre Eigentümlichkeit ist, daß es in dem freien Belieben des Beteiligten liegt, ob er die Wirkungen des fremden Rechtsgeschäftes sich aneignen will. Zu eigenem Wohl und Wehe hat er das Recht der Zustimmung.

Seine Merkmale finden wir ohne Schwierigkeit in den zahlreichen Fällen, wo eine Verfügung das Recht eines Dritten berührt und daher nur mit seiner Zustimmung wirksam werden kann (§§ 185, 409, 458, 576, 876, 880 ꝛc. — vergl. Gradenwitz, Wortverzeichnis zum B.G.B., unter „Zustimmung", „Einwilligung" und „Genehmigung"). Die „Genehmigung zur Schuldübernahme nach § 415 rechne ich nicht hierher, da ich sie als Annahme eines Vertragsantrages auffasse. Wohl aber gehört hierher unzweifelhaft die Zustimmung der Ehefrau zu Verfügungen des Ehemannes über eingebrachtes Gut (§§ 1375 fg.) oder über Gesamtgut (§§ 1443 fg.). Nicht so zweifellos ist es, ob das Gesetz von derselben Auffassung ausgeht, wenn es zur Gültigkeit von Verfügungen, die die Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut trifft, die Einwilligung des Mannes fordert. Denn die bezüglichen Bestimmungen der §§ 1395 fg. sind ganz offenbar den §§ 107 fg. nachgebildet, die von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Rechtsgeschäften seines Schutzbefohlenen handeln. Würde diese äußere Verwandtschaft auf innerer beruhen, so würde es sich um eine Zustimmung, nicht der beschriebenen, sondern der zweiten Art handeln, deren Hauptfall, wie noch zu zeigen sein wird, gerade die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist. Indessen läßt sich aus den §§ 1399 fg. erkennen, daß die Be-

ziehungen zwischen der Zustimmung des Ehemannes und der des gesetzlichen Vertreters doch nur technischer Art sind. Denn, wenn die Zustimmung des Ehemannes in gewissen Fällen lediglich die Bedeutung hat, daß sie das betreffende Rechtsgeschäft der Ehefrau dem eingebrachten Gut gegenüber wirksam macht, so kann sie nur darin begründet sein, daß dieses Rechtsgeschäft das Recht des Ehemannes am eingebrachten Gut berührt.

IV. Die Zustimmung kraft Aufsichtsrechts.

Der Vollmacht und der nachträglichen Genehmigung des Geschäftsherrn stelle ich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gegenüber.

„Schließt der Vormund einen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab" (§ 1829). Wer bemerkte nicht, daß hier dieselbe Gesetzgebertechnik am Werke war, die den § 177 geschaffen hat! Wie hier so dort: Abhängigkeit der Vertragswirkung von Hinzutreten einer Bestimmung, die das Gesetz in beiden Fällen „Genehmigung" nennt. Und doch, wie verschieden die weitere Ordnung der beiden Tatbestände!

„Hängt die Wirksamkeit eines Vertrages .... von der Zustimmung eines Dritten ab, so kann die Erteilung sowie die Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen wie dem anderen Teile gegenüber erklärt werden" (§ 182). Entsprechend bestimmt § 167: „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll."

Damit vergleiche man § 1828: „Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormunde gegenüber erklären" und § 1829 Satz 2: „Die

(nachträgliche) Genehmigung, sowie deren Verweigerung wird dem anderen Teile gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt ist."

Folgendes kommt in dieser Besonderheit der vormundschaftlichen Genehmigung zum Ausdruck:

Die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist „Aufsichtsführung". Kraft Aufsichtsgewalt erläßt es an den Vormund Anordnungen: Gebote, Verbote, Erlaubnisse. Erlaubt das Vormundschaftsgericht dem Vormund durch seine Genehmigung ein Rechtsgeschäft, so ist das eine Anordnung, die „ihrem Inhalt nach an den Vormund gerichtet ist" (F.G.G. § 16). Und zwar auch dann, wenn die Genehmigung nachträglich erteilt wird. Das Vormundschaftsgericht genehmigt die Handlung des Vormundes.

Die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist aber nicht Geschäftsführung. Kraft Aufsichtsrechts, nicht kraft Beteiligung am Ergebnisse des Rechtsgeschäftes gibt es seine Genehmigung. Es hat sich also auch nicht formell am Rechtsgeschäfte zu beteiligen. Das aber würde es tun, wenn es seine Genehmigung gegenüber der anderen Vertragspartei erklärte. Es würde den Vertrag genehmigen, nicht nur die Handlung des Vormundes.

Hier muß noch ein Blick auf die Vollmacht und auch auf Schloßmanns Theorie der Vertretung geworfen werden.

Ist es die Beziehung des Geschäftsherrn zum Vertreter oder auch seine Beziehung zur anderen Vertragspartei, was die Vertragswirkung auf den Geschäftsherrn überträgt? Anders ausgedrückt: Erteilt der Geschäftsherr der Vertreterhandlung oder dem Vertrage seine Zustimmung? Ich halte das letztere für richtig. Denn aus der anderen Auffassung läßt sich wohl herleiten, daß der Geschäftsherr an Stelle des Vertreters berechtigt, nicht aber, daß er an seiner Stelle verpflichtet wird.

Und so hat denn das römische Recht, das Auftrag und Vollmacht nicht unterschied, nur zu einer adjektizischen Haftung des Geschäftsherrn gelangen können. Wir aber, die wir mit der Vertretung beim Versprechen folgerichtig auch die Schuldübernahme zugelassen haben, müssen uns darüber klar sein, daß die Zustimmung zum Versprechen des Vertreters — die antizipierte Schuldübernahme — sich auch an die andere Vertragspartei richtet, weil sie diese angeht, nicht nur den Vertreter [1]). Wenn das Gesetzbuch aus praktischen Gründen aus dieser theoretischen Lage nicht alle Folgerungen gezogen hat, ja auch vielleicht diese Frage von den Verfassern des Gesetzbuchs nicht genügend erkannt worden ist, so bleibt der Satz: „Die Zustimmung des Geschäftsherrn betrifft den Vertrag" doch für mich unumstößlich.

Wir kehren zur obervormundschaftlichen Genehmigung zurück. Wir sahen: Ihr Inhalt ist Erteilung einer Erlaubnis. Weiter: Ihre Wirkung ist Verleihung einer Vertretungsmacht.

Hierzu noch einige Worte. Der Vormund hat gesetzliche Vertretungsmacht, das heißt: kraft Gesetzes wirken seine Handlungen für und gegen den Mündel. Er erhält durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Vertretungsmacht, das heißt: kraft Anordnung des Gerichts wirken seine Handlungen für und gegen den Mündel. Aber Gesetze und Anordnungen haben keine rückwirkende Kraft. Also kann das Vormundschaftsgericht durch nachträgliche Genehmigung den vom Vormund ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag nicht wirksam machen. Wohl aber kann der Vormund selbst namens des Mündels den Vertrag bestätigen, wenn er dazu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erhalten hat. Das ist

1) Auf die Beziehungen zwischen Stellvertretung und Rechtsnachfolge habe ich schon in Bd. 34 (N. F. 22), S. 300 dieser Zeitschrift hingewiesen.

die Bedeutung der „Mitteilung", von der Satz 2 des § 1829 spricht[1]). Aber auch der unmündig gewordene Mündel kann die Bestätigung vornehmen, nicht an Stelle des Vormundschaftsgerichts, wie § 1829 Abs. 2 unrichtig sagt, aber an Stelle des Vormundes[2]).

Endlich: Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat ihren Rechtsgrund in seiner Aufsichtsgewalt. Diese aber ist ihm dem Vormund und dem Mündel gegenüber gegeben zum Wohle des Mündels; auch der Vormundschaftsrichter hat dem Mündel gegenüber Recht und Pflicht der Fürsorge (§ 1848), betätigt nur diese Fürsorge in der Regel nicht durch Verwaltungs- und Erziehungs-, sondern durch Aufsichtshandlungen.

Hier tritt der Gegensatz zur Genehmigung kraft Rechtsbeteiligung am schärfsten hervor. Genehmigt der Geschäftsherr einen Vertrag, der für ihn geschlossen wird, so erteilt er seine Zustimmung nach eigenem Belieben. Ihn geht der Vertrag an, also lautet seine Erklärung: „Meinetwegen!" Genehmigt dagegen das Vormundschaftsgericht einen Vertrag, den der Vormund für den Mündel schließt, so gibt es seine Erlaubnis

1) Vergl. hierzu mein „Vormundschaftsrecht" (1904), Bemerkungen zu § 1829.

2) Mit der sogenannten Vertretungsmacht kraft Rechtsgeschäftes hat es eine etwas andere Bewandtnis. Spricht man von ihr, so will man sagen: der Vertreter hat Vollmacht erhalten. Die nachträgliche Genehmigung als Erteilung von Vertretungsmacht zu bezeichnen, fällt niemandem ein; denn, wie sollte der Vertreter von ihr noch Gebrauch machen? Und doch ist die Wirkung der Genehmigung die gleiche wie die der Vollmacht. Das Rechtsgeschäft, dem der Geschäftsherr zugestimmt hat, wirkt für und gegen ihn. So scheint es mir denn — darin gebe ich Schloßmann recht — wenig zweckmäßig, das Wort „Vertretungsmacht" zur Bezeichnung der Wirkung der Vollmacht zu verwenden. Dagegen meine ich, daß die Wirkung der dem Vormund erteilten Erlaubnis zur Vertretung mit dem Worte „Vertretungsmacht" gut bezeichnet wird.

nach pflichtgemäßem Ermessen. Den Mündel geht der Vertrag an. Also lautet die Anordnung des Gerichts: „Seinetwegen".

So hat denn das Vormundschaftsgericht nicht nur das Recht, sondern es hat Recht und Pflicht der Genehmigung.

Die Besonderheit der „Genehmigung kraft Aufsichtsgewalt" dürfte damit festgestellt sein.

Sie findet sich auch an anderen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ich ziele damit nicht auf die „Ermächtigung", die nach § 1358 das Vormundschaftsgericht dem Ehemanne erteilen kann. Denn hier handelt es sich um eine rechtsbegründende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Das Kündigungsrecht, das diese Entscheidung dem Ehemanne gibt, ist dem Zustimmungsrechte des Rechtsbeteiligten eng verwandt: es ist das Recht, einen fremden Vertrag aufzuheben, weil er die eigenen berechtigten Interessen verletzt.

Dagegen ist eine echte Genehmigung kraft Aufsichtsgewalt die elterliche Einwilligung zur Eheschließung gemäß § 1304. Ihre rechtliche Natur tritt in Abs. 2 des § 1304 deutlich hervor: „Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so kann die Einwilligung, wenn sie von ihm verweigert wird, auf Antrag des Mündels durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Einwilligung zu ersetzen, wenn die Eingehung der Ehe im Interesse des Mündels liegt." Das bedeutet: Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung sind Handlungen der Fürsorge für den Mündel, gleichviel, ob das Vormundschaftsgericht oder der gesetzliche Vertreter sie vornimmt.

Aber auch die übrigen Besonderheiten der Genehmigung kraft Aufsichtsgewalt finden wir. Die Einwilligung zur Eingehung der Ehe ist nicht Einwilligung in die Eheschließung,

sondern nur eine dem Mündel erteilte Erlaubnis, deren Wirkung als die Erteilung der Ehemündigkeit an den Mündel bezeichnet werden kann.

Demgegenüber kann es wenig verschlagen, daß die Genehmigung zur Eingehung der Ehe von dem gesetzlichen Vertreter, also einer Privatperson und nicht einer Behörde, ausgeht, auch vom Gesetz „Einwilligung" genannt und den allgemeinen Bestimmungen der §§ 182 fg. unterstellt wird, während richtiger Ansicht nach diese Bestimmungen auf die obervormundschaftliche Genehmigung nicht Anwendung finden können[1]). Der Unterschied ist für uns ohne Bedeutung; denn er betrifft nur die Form, nicht aber den Inhalt und den Rechtsgrund der Genehmigung. Das Entscheidende ist: es handelt sich um eine zum Besten des Mündels kraft Aufsichtsgewalt erteilte Erlaubnis.

Anders steht es mit Einwilligung der Eltern nach § 1305. Sie gehört nicht hierher, obwohl nicht zu leugnen ist, daß diese Einwilligung im Laufe der Entwicklungsgeschichte des Gesetzes allgemach die sichere Rechtsgrundlage verloren hat. Sie entstammt unzweifelhaft der Rücksicht auf das Wohl der Eltern, nicht der Fürsorge für das Wohl des Kindes[2]). Daher wird die Einwilligung nach § 1308 durch das Vormundschaftsgericht ersetzt, wenn sie „ohne wichtigen Grund" verweigert wurde, während das Vormundschaftsgericht die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu ersetzen hat, wenn die Eingehung der Ehe „im Interesse des Mündels" liegt (§ 1304 Abs. 2). Aber, schon der Umstand, daß im Bundesrate dem jetzigen § 1308 der Abs. 2 angehängt wurde, wonach das Vormundschaftsgericht vor der Entscheidung über die elterliche Ein-

1) Vergl. mein Vormundschaftsrecht, Anm. 1 zu § 1828.

2) Schmidt-Habicht, Kommentar zum Familienrecht des B.G.B., Anm. 1 zu § 1305.

willigung Verwandte und Verschwägerte des Kindes ebenso zu hören hat wie nach § 1847 dann, wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ersetzt werden soll — schon diese Herübernahme einer Bestimmung des Vormundschaftsrechts verschob die Grundlage des § 1305. Noch mehr aber büßte er von seiner ursprünglichen Art ein, als im Reichstage die Altersgrenze für die Ehemündigkeit auf den Zeitpunkt des vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahres verlegt wurde. Denn nun fallen Mündigkeit und Ehemündigkeit in aller Regel zusammen, und das „Ehrenrecht" der Eltern kann neben ihrem Aufsichtsrecht kaum noch zur Geltung kommen.

Trotz dieses Mangels an innerer Folgerichtigkeit wird immerhin § 1305 noch denjenigen Bestimmungen hinzuzurechnen sein, die das Recht eines Drittbeteiligten berücksichtigen. Ebenso wird man als „Einwilligung kraft Rechtsbeteiligung" die des Ehegatten zur Annahme eines Kindes durch den anderen gemäß § 1746 aufzufassen haben, nicht minder die Einwilligung, die die Eltern kraft § 1747 zu erteilen haben, wenn ihr Kind von einem Dritten an Kindes Statt angenommen werden soll. Denn in beiden Fällen ergibt sich das Erfordernis der Einwilligung daraus, daß in das Recht des Ehegatten oder der Eltern durch den betreffenden Vertrag eingegriffen wird.

Daß ich andererseits die Zustimmung des § 1351 der des § 1304 an die Seite stelle, brauche ich kaum hervorzuheben.

V. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäß §§ 107 fg. B.G.B.

Die Frage, unter welche der beiden Kategorien von Zustimmungserklärungen ich die Zustimmung des Mundwaltes zu lästigen Verträgen des Mündels bringe, scheint in den vorstehenden Ausführungen schon beantwortet zu sein. Denn die Einwilligung zur Eingehung der Ehe und zur Hingabe an

Kindes Statt, die ich als Genehmigung kraft Aufsichtsrechts bezeichnet habe, wird allgemein und mit Recht als ein Sonderfall der Zustimmung des § 107 angesehen.

Aber diese bedarf doch noch einer genaueren Betrachtung. Und zwar deshalb, weil der Mundwalt dem Vermögen des Mündels anders gegenübersteht als seiner Person. Gilt es, ein Rechtsgeschäft des Vermögensrechts für den Mündel vorzunehmen, so braucht sich der Mundwalt nicht darauf zu beschränken, seine Erlaubnis dazu zu erteilen, sondern er kann den Mündel selbst vertreten.

Dies legt folgenden Gedankengang nahe: Kann der Mundwalt selbst an Stelle des Mündels handeln, so kann er sich auch bei der Vertretung vertreten lassen. Er kann auf Grund seiner Vertretungsmacht einem anderen Unter-Vertretungsmacht erteilen. Zu dieser Vertretung kann er auch einen Minderjährigen wählen. Was steht also im Wege, daß er den Mündel selbst bevollmächtige, ihn bei der Vertretungshandlung zu vertreten?

Wäre der Gedanke richtig, so würde die Frage nach der rechtlichen Natur der Zustimmung des Mundwaltes sehr einfach erledigt sein: es würde sich um eine Vollmacht handeln. Und damit wäre auch die weitere Frage, ob diese Zustimmung generell erteilt werden kann, ohne weiteres in bejahendem Sinne erledigt.

Aber: was haben dann die Bestimmungen der §§ 107 fg. für eine Bedeutung? Warum hat das Gesetz sich genötigt gesehen, für diesen Fall der Vollmacht Sonderbestimmungen zu treffen? — So müssen alsbald Zweifel an der Richtigkeit des zurückgelegten Gedankenganges entstehen. Und sie sind in der Tat begründet.

Denn, unmöglich kann der Mundwalt im Namen des Mündels diesem Vollmacht erteilen — unmöglich kann der

Mündel sich selbst kraft einer Vollmacht vertreten, die ihm von seinem Vertreter in seinem Namen erteilt worden ist. Das sogenannte Selbstkontrahieren des Mundwaltes ist ja aus praktischen Gründen innerhalb bestimmter Grenzen zugelassen worden. Aber zur Aufführung eines juristischen Baues von so verzwickter Konstruktion, wie der oben skizzierten, bietet das Gesetz glücklicherweise keine Handhabe.

Vielmehr liegt die Sache so: der Mundwalt erteilt wie zu familienrechtlichen, so zu vermögensrechtlichen Handlungen des Mündels seine Zustimmung kraft seiner Aufsichtsgewalt. Er handelt dabei nicht als Vertreter, sondern als Vermögensverwalter oder Erzieher des Mündels.

Dennoch ist es für unseren Zweck von Nutzen, sich klar zu machen, daß der Mundwalt auch gesetzlicher Vertreter des Mündels ist, also, anstatt dem Mündel die Vornahme des Geschäftes zu erlauben, auch selbst das Geschäft vornehmen könnte.

Denn diese Rechtslage macht erst verständlich, warum das Gesetz die Zustimmung des Mundwaltes technisch anders behandelt hat als die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, warum es die §§ 182 fg., die zunächst auf die Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung gemünzt sind, auf sie miterstreckt, während es die obervormundschaftliche Genehmigung unter Sonderbestimmungen gestellt hat.

Man kann das nicht damit erklären, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ja eine obrigkeitliche Anordnung ist. Denn im Grunde steht es mit der Zustimmung des Mundwaltes nicht anders. Daß er dem Mündel gegenüber Amtsgewalt hat, ist für den Vormund unbestritten, für den Vater wird es mehr und mehr anerkannt[1]). Die Zustimmung aber,

1) Vergl. z. B. Bernhöft, Das bürgerliche Recht (in Birkmeyers Encyklopädie), § 217.

die kraft Amtsgewalt der Mundwalt erteilt, ist ihrem Inhalte nach ebensowenig eine Privatwillenserklärung wie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes. Denn sie ist eine nur für fremde, nicht für eigene Interessen des Erklärenden maßgebende Bestimmung. Nicht sich selber gegenüber, sondern dem Vertretenen gegenüber verleiht der Mundwalt dem Rechtsgeschäfte Wirkung, indem er es genehmigt. Er erteilt seine Zustimmung vice legis, nicht in Betätigung der dem Einzelnen zustehenden Privatautonomie.

Mit genügender Deutlichkeit spricht das Gesetz das in den §§ 112 fg. selbst aus. Ermächtigt der Mundwalt den Minderjährigen, selbständig ein Erwerbsgeschäft zu betreiben oder in Dienst zu treten, so verleiht er damit dem Schutzbefohlenen für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften die volle Geschäftsfähigkeit. Erteilt er ihm die Einwilligung zu einem bebestimmten einzelnen Rechtsgeschäft, so liegt, im Grunde genommen, die Sache nicht anders. Denn für dasjenige Rechtsgeschäft, zu dem er die Einwilligung des Vormundes hat, ist der Minderjährige nunmehr geschäftsfähig — e r schließt das Rechtsgeschäft ab, e r veräußert, e r verpflichtet sich — kurz er erhielt durch die Einwilligung des Mundwaltes eine rechtliche Fähigkeit, die dem Volljährigen das Gesetz gibt.

Trotzdem hat das Gesetz keine Bedenken getragen, dem Mundwalt zu gestatten, daß er seine Zustimmung ebensowohl dem Dritten wie dem Mündel gegenüber erkläre. Und es hat die Zustimmungserklärung wie eine Privatwillenserklärung behandelt.

Man darf das, wie ich gezeigt zu haben glaube, nicht damit begründen, daß eben kein Unterschied bestehe zwischen der Zustimmungserklärung des Vormundes und der des Geschäftsherrn. Man wird auch nicht sagen dürfen, daß das Gesetzbuch den Unterschied übersehe; denn es hat ihn in der

Frage, die den Anlaß zu dieser Auseinandersetzung gegeben hat, nicht übersehen, wie noch zu zeigen sein wird. Sondern der Grund, warum die §§ 182 fg. auch für die Zustimmung des Mundwaltes gelten müssen, ist der, daß sich in vielen Fällen sehr schwer unterscheiden lassen wird, ob der Mundwalt als gesetzlicher Vertreter oder kraft Aufsichtsgewalt handelt, ob er dem Vertrage des Mündels zustimmt oder den dem Mündel gestellten Antrag als dessen Vertreter annimmt. Denn daß er in der Lage ist, anstatt die Annahmeerklärung des Mündels zu genehmigen, seinerseits eine Annahmeerklärung abzugeben, das wird man nicht bestreiten wollen.

Mithin kann aus der Verschiedenheit, die zwischen manchen für die Zustimmung des Vormundes geltenden Bestimmungen und den entsprechenden Bestimmungen des Rechts der obervormundschaftlichen Genehmigung besteht, ein Argument gegen die innere Verwandtschaft der beiden Institute nicht entnommen werden.

Fassen wir das Ergebnis dieser Untersuchung zusammen, so ist es dies:

Von der Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung muß die Zustimmung kraft Aufsichtsrechts unterschieden werden. Wer kraft Aufsichtsrechts seine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte erteilt, erfüllt damit eine Fürsorgepflicht gegenüber einem Schutzbefohlenen. Er trifft eine für diesen maßgebende Bestimmung kraft Amtsgewalt. Er trifft diese Bestimmung auf Grund einer pflichtgemäßen Prüfung der Sachlage. Und eben darin ist der Grund zu suchen, warum das Gesetz, anstatt selbst ein für allemal die einschlägige Bestimmung zu geben, es dem Inhaber der Aufsichtsgewalt überläßt, von Fall zu Fall die Geschäftsfähigkeit oder die Vertretungsmacht zu begrenzen.

VI. Zustimmung und Ermächtigung.

„Ermächtigung" bedeutet im Sinne des B.G.B. wie im gewöhnlichen Sprachgebrauch zunächst die Erteilung einer Macht

durch einen Machthaber oder, juristisch ausgedrückt, die Verleihung eines Rechts durch den Staat oder seinen Vertreter (§§ 37, 457, 1321, 1358).

Mehrmals gebraucht das Gesetz aber auch das Wort „Ermächtigung", um damit eine im voraus erteilte Zustimmung zu bezeichnen. In manchen Fällen, so in den §§ 370, 714, 783, steht „ermächtigen", „Ermächtigung" geradezu statt „bevollmächtigen", „Vollmacht". Im übrigen wird es statt der technischen Ausdrücke „Einwilligung" oder „Genehmigung" verwendet (§§ 112, 113, 1825).

Sieht man sich die letztgenannten Fälle an (vergl. Gradenwitz, Wörterbuch, unter: „ermächtigen", „Ermächtigung"), so erkennt man bald, daß hier der Wechsel des Sprachgebrauchs nicht zufällig ist. Als „Ermächtigung" bezeichnet nämlich das Gesetz diejenige im voraus erteilte Zustimmung, die der Entscheidung des Ermächtigten nicht nur in der Frage „ob", sondern auch in der Frage „wie" abzuschließen ist, einen mehr oder minder großen Spielraum läßt.

Wer seine Zustimmung zu einem künftigen Rechtsgeschäfte erteilen will, befindet sich in einer wesentlich anderen Lage, als wer ein bereits vorliegendes Rechtsgeschäft genehmigt. Denn der eine unterschreibt gleichsam ein Blankett, während der andere unter ein fertiges Schriftstück seine Unterschrift setzt.

Dennoch begibt sich, wer in blanco zustimmt, nicht jeder Einwirkung auf die Gestalt des Rechtsgeschäftes. Mehrere Abstufungen dieser Einwirkung lassen sich unterscheiden.

Sie kann so stark sein, daß sie den Handelnden zum Werkzeug, den Zustimmenden zum Urheber der Handlung macht, dann nämlich, wenn die vorzunehmende Handlung selbst von dem, der ihr zustimmt, vorgemacht, vorgezeichnet, vorgeschrieben wurde. In der Lehre von der Stellvertretung nennt man den, der eine fremde Erklärung im Wortlaut überbringt, gleichgültig ob er sie nachspricht oder als Brief abgibt,

einen Boten, verwechselt ihn aber nicht selten mit dem „Vertreter in der Erklärung". Als solchen wird man vielmehr nur bezeichnen können, wem der Erfolg der Handlung vorgeschrieben, aber die Wahl der Handlung überlassen wurde. Er gibt eine eigene Erklärung ab, auch wenn er Weisung erhielt, daß und was und zu welchem Preise er kaufen solle (vergl. § 166 Abs. 2). Was man endlich „Vertretung im Willen" nennt, ist eine Vertretung, bei der dem Vertreter auch die Beurteilung des anzustrebenden Erfolges und die Beschlußfassung darüber in weiterem oder geringerem Umfange zufällt, sei es, daß er bestimmt, ob ein Haus zu kaufen sei, oder nur, welches Haus oder nur zu welchem Preise zu kaufen sei.

Wie die Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung, so kann die Zustimmung kraft Aufsichtsrechts in zwiefacher Form — wenn ich von der Botschaft absehe — auf die künftige Handlung, der sie zustimmt, Bezug nehmen.

Sie kann den anzustrebenden Erfolg vorschreiben, so, daß das zu erzeugende Rechtsverhältnis im voraus festgelegt wird. Hier hat also der Handelnde nur eine — möglicherweise durch Vorschriften über die Form des Rechtsgeschäftes u. dergl. noch eingeengte — Freiheit in der Wahl der zur Erreichung des vorgeschriebenen Erfolges geeigneten Handlung. Ist die Handlung, die er wählt, dazu ungeeignet, so handelt er ohne die erforderliche Zustimmung.

Denkbar ist aber auch hier, daß dem Handelnden Freiheit in der Wahl des anzustrebenden Erfolges belassen wird. So mag ihm der Zweck bezeichnet werden, dem das zu erzeugende Rechtsverhältnis dienen soll, oder dieses mag auch nur seiner Art nach beschrieben werden. Man kann die erste Art der Zustimmung „besondere (spezielle) Zustimmung", die zweite „allgemeine (generelle) Zustimmung" nennen. Das Gesetzbuch verwendet zur Bezeichnung der zweiten Art

wie schon erwähnt wurde, den Ausdruck „Ermächtigung". Es spricht davon, daß der Minderjährige ermächtigt werde, in Dienst oder Arbeit zu treten oder ein Erwerbsgeschäft zu betreiben, es gestattet in § 1825 dem Vormundschaftsgericht, zu gewissen Rechtsgeschäften dem Vormund eine allgemeine Ermächtigung zu erteilen. Die Verwendung des Eigenschaftswortes „allgemein" in § 1825 zeigt noch deutlicher, um was es sich handelt: diejenige Genehmigung, die das im voraus zu genehmigende Rechtsgeschäft nur nach seiner Art bezeichnet, soll derjenigen, die seine Besonderheit festlegt, gegenübergestellt werden.

Nach Zitelmanns Ansicht[1]), die sich auf die Motive des Gesetzes (S. 143) stützt, soll die Bedeutung des Begriffes „Ermächtigung" eine andere sein. Die Ermächtigung, die nach §§ 112, 113 Geschäftsfähigkeit verleiht, soll sich von der „allgemeinen Einwilligung" oder dem „Generalkonsens", wie die Motive diese nennen, wesentlich unterscheiden. Denn, so sagen die Motive, die Verleihung der Geschäftsfähigkeit ist unwiderruflich und macht prozeßfähig; der Generalkonsens ist widerruflich und läßt die Prozeßfähigkeit unberührt.

Ich meine, daß hier doch eine unrichtige Auffassung des Begriffes „Geschäftsfähigkeit" zu falschen Schlüssen geführt hat[2]). Spricht man einer Person Geschäftsfähigkeit zu, so will man damit sagen, daß ihr die Rechtseigenschaft beigelegt ist, rechtswirksam handeln zu können, oder, anders ausgedrückt, daß diese Person diejenigen Eigenschaften aufweist, die das Gesetz zur Voraussetzung der Wirksamkeit ihrer Rechtsgeschäfte macht. Die Bestimmung dieser Eigenschaften (Altersreife, geistige Ge-

---

1) Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B., § 67 (S. 63 fg.).

2) Gegen diese Ansicht hat sich bereits R. Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B., S. 341 Anm. 1 erklärt.

sundheit 2c.) erfolgt entweder durch allgemeinen Rechtssatz („Geschäftsunfähig ist, wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat"), oder aber so, daß das Gesetz die Aberkennung oder die Zuerkennung der einen oder der anderen dieser Eigenschaften auf Grund einer besonderen Prüfung durch einen Vertreter der Staatsgewalt erfolgen läßt (Aberkennung der geistigen Gesundheit: „Geschäftsunfähig ist, wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist" — Zuerkennung der geistigen Reife: „Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen" 2c.). Für die rechtliche Lage einer Person, deren Geschäftsfähigkeit abhängt von einer besonderen Zuerkennung, hat das Gesetz eine besondere Bezeichnung: „beschränkte Geschäftsfähigkeit". Treffender wäre vielleicht der Ausdruck: „bedingte Geschäftsfähigkeit" gewesen. Denn die Besonderheit der Rechtslage besteht eben darin, daß die davon betroffenen Personen für geschäftsfähig erklärt werden können, entweder ein für allemal (§ 3), oder für einen Kreis von Rechtsgeschäften (§§ 112, 113) oder für ein einzelnes Rechtsgeschäft (§ 107).

Ob die Rechtswirksamkeit der Handlungen des Minderjährigen von der „Ermächtigung" oder von der „Einwilligung" des gesetzlichen Vertreters abhängt, macht für die Konstruktion gar nichts aus. Wer von Rechts wegen Rechtsgeschäfte bestimmter Art wirksam vornehmen kann, ist für diese geschäftsfähig; wer von Rechts wegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft vornehmen kann, hat für dieses Geschäftsfähigkeit. Denn, hätte er sie nicht, so wäre das Rechtsgeschäft nicht wirksam! Nur darin unterscheiden sich Ermächtigung und Einwilligung, daß die erstere ihm Macht zum Handeln nach eigenem Ermessen, die zweite ihm nur Macht zum Handeln nach fremder Anweisung gibt.

Handelt es sich in beiden Fällen um Zuerkennung der

Geschäftsfähigkeit, so fallen auch die Folgerungen in sich zusammen, die man aus der Verschiedenheit von „Ermächtigung" und „Einwilligung" hat herleiten wollen. Daß die erstere begrifflich unwiderruflich, die letztere begrifflich widerruflich sei, ist eine ganz willkürliche Annahme. Es kommt allein auf die positive Ordnung des Gesetzes an, und dieses hat in § 113 entschieden — allerdings nicht, ohne daß diese Bestimmungen einige Wandlungen vorher erlebt hätten —, und zwar dahin, daß die Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die Ermächtigung zur Annahme von Dienst oder Arbeit ohne Einschränkung vom gesetzlichen Vertreter zurückgenommen werden kann.

Was schließlich die Prozeßfähigkeit betrifft, so wird sie von § 52 C.P.O. nicht an die Geschäftsfähigkeit geknüpft, sondern jedem insoweit gegeben, „als er sich durch Verträge verpflichten kann". Mithin macht es keinen Unterschied, ob die Wirksamkeit der Verträge unmittelbar auf Gesetz beruht oder durch eine Ermächtigung oder durch eine Einwilligung vermittelt wird[1]. So hat denn auch die II. Kommission, da sie dem minderjährigen Arbeiter und Dienstboten die Prozeßfähigkeit schlechthin vorenthalten wollte, sich nicht darauf beschränkt, es durch Vermeidung des Wortes „Ermächtigung" zum Ausdruck zu bringen, sondern hat es unzweideutig ausgesprochen[2].

Es könnte zweifelhaft sein, ob demnach nicht der Minderjährige jedesmal zur Wahrung der Rechte aus demjenigen Vertrage, zu dem er die Einwilligung des Mundwaltes erhalten hat, prozeßfähig ist. Man kann das nicht mit der Wendung ablehnen, es „gebe keine Prozeßfähigkeit, die von der

---

1) Ebenso schon Heinzerling im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft, III. Folge, Bd. 5 S. 130 Anm. 35a.

2) Entw. II, § 87; vergl. dazu Prot., Bd. 1 S. 65.

Einwilligung oder Genehmigung eines anderen abhängt"[1]). Denn jeder Minderjährige ist nach Vollendung des siebenten Lebensjahres in demselben Sinne „beschränkt" prozeßfähig wie „beschränkt" geschäftsfähig — er kann prozeßfähig werden durch Ermächtigung gemäß §§ 112, 113 B.G.B.

Doch dürfte es dem Sinne des § 52 C.P.O. entsprechen, wenn man aus der Zustimmung des Mundwaltes zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte eine Prozeßfähigkeit für den Mündel nicht herleitet. Denn deren Voraussetzung sollte doch wohl sein, daß dem Mündel die Altersreife zu selbständigem Entschlusse, nicht nur zum Handeln nach Anweisung zuerkannt worden ist.

Eine Ermächtigung in dem angegebenen Sinne liegt auch dann vor, wenn der Vater oder Vormund seinen Sohn, mit einem Wechsel ausgestattet, auf die Hochschule sendet. Denn es liegt darin zweifellos für den Sohn die Erlaubnis, das Geld innerhalb bestimmter Grenzen, die sich aus dem Zwecke der Entsendung ergeben, nach eigenem Ermessen zu verwenden. Kein Zweifel, daß, wenn der Vater den Sohn damit ermächtigen wollte, in seinem, des Vaters, Namen die erforderlichen Rechtsgeschäfte vorzunehmen, dem nicht das geringste rechtliche Hindernis im Wege stünde. Welches Maß von freier Bestimmung der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten überlassen will, ist lediglich Sache des interessierten Vollmachtgebers.

Anders aber liegt die Sache, wenn es sich um die Zustimmung des Vaters zu Rechtsgeschäften handelt, die der Sohn im eigenen Namen vornehmen soll. Denn, wie oben gezeigt wurde, handelt es sich hier um einen von der Bevollmächtigung trotz äußerer Aehnlichkeit grundverschiedenen Vorgang: es

1) So Seufferts Kommentar, Anm. 2, I zu § 52 C.P.O.

handelt sich um eine im Interesse eines Schutzbedürftigen auf Grund Aufsichtsrechts zu erteilende Zustimmung.

Ob in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen der Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und der Zustimmung kraft Aufsichtsrechts besteht, bleibt noch zu prüfen.

VII. Inwieweit kann die Zustimmung kraft Aufsichtsrechts in Form einer Ermächtigung erteilt werden?

Steht das Vormundschaftsgericht vor der Frage, ob es dem Vormunde die Genehmigung zu einem bestimmten, nämlich durch den anzustrebenden Erfolg bestimmten, Rechtsgeschäfte erteilen solle, so tritt es in die Prüfung ein, ob dieses Rechtsgeschäft dem Mündel zuträglich ist oder nicht. Soll es aber den Vormund zu Rechtsgeschäften bestimmter Art ermächtigen, so prüft es, ob der Vormund die erforderliche Einsicht und Sorgfalt besitzt, um nach eigenem Ermessen handeln zu dürfen. Erteilt es die Ermächtigung, so überläßt es dem Vormund die Verantwortung für das einzelne Rechtsgeschäft.

Nicht anders steht der Mundwalt dem Mündel gegenüber, dem er Geschäftsfähigkeit verleiht. Tut er das im Hinblick auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft durch besondere Einwilligung, so übernimmt er die Verantwortung dafür, daß das Rechtsgeschäft dem Mündel zuträglich sein werde. Erteilt er ihm aber eine allgemeine Einwilligung, so wälzt er die Verantwortung für das einzelne davon betroffene Rechtsgeschäft auf den Mündel ab.

Und nun erwäge man, warum das Gesetz die Wirksamkeit gewisser Rechtsgeschäfte des Mundwaltes von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die Wirksamkeit gewisser Rechtsgeschäfte des Mündels von der Zustimmung des Mundwaltes abhängig macht. Warum anders, als weil es den Vormund generell nicht für umsichtig und vorsichtig, die Mündel

generell nicht für reif genug hält, die Verantwortung für alle Handlungen allein zu tragen? Und, weil die Vorprüfung durch den Vormundschaftsrichter oder Vormund die Nachprüfung durch den Prozeßrichter, die Vorbeugung eine Zurückbeugung durch in integrum restitutio überflüssig machen soll!

Ist dem so, so hat grundsätzlich der Vormundschaftsrichter seine Genehmigung, der Mundwalt seine Einwilligung zu einer Handlung nur so zu erteilen, daß er den zu erzielenden Rechtserfolg prüft und dem Handelnden als Ziel bezeichnet. Anders ausgedrückt: die Zustimmung kraft Aufsichtsgewalt ist grundsätzlich besondere Zustimmung zum einzelnen Rechtsgeschäft.

Inwieweit aber der Inhaber der Aufsichtsgewalt berechtigt ist, seine Zustimmung im voraus allgemein zu geben und damit den Handelnden zu eigener Prüfung und Entschließung zu ermächtigen, das ist lediglich aus den Ausnahmebestimmungen des Gesetzes zu entnehmen.

Was die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts betrifft, so ist das auch allgemein anerkannt. § 1825 B.G.B. läßt keine andere Ansicht zu. Eine allgemeine Ermächtigung kann das Vormundschaftsgericht dem Vormunde nur zu den dort bezeichneten Rechtsgeschäften erteilen; Rechtsgeschäfte anderer Art müssen besonders genehmigt werden.

Auch, daß die Einwilligung zur Eheschließung nur im Hinblick auf eine bestimmte Ehe erteilt werden kann, ist unbestritten [1]).

Nur über die Frage, ob die Einwilligung des Mundwaltes zu lästigen Geschäften des Mündels allgemein gehalten werden kann, ist man, wie wir anfangs gesehen haben, nicht

1) Vergl. z. B. Opet-v. Blume, Kommentar zum Familienrecht des B.G.B., Anm. 3 zu § 1304; Planck-Unzner, Kommentar, Anm. 5 zu § 1304; Schmidt-Habicht, Kommentar, Anm. 8c zu § 1304.

einig. Und doch hat das Gesetz auch zu ihrer Beantwortung Fingerzeige gegeben, die unzweideutig genug sind.

Da sind zunächst die schon mehrfach angeführten Bestimmungen der §§ 112, 113. Danach kann der Mundwalt den Mündel zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes, und zum Eintritt in Dienst- oder Arbeitsverhältnisse ermächtigen und ihm damit Geschäftsfähigkeit für den so bezeichneten Kreis von Rechtsgeschäften verleihen. Wer anerkennt, daß zwischen Ermächtigung und allgemeiner Einwilligung kein Unterschied besteht, wird zugeben müssen, daß diese Bestimmungen überflüssig wären, wenn der Mundwalt schlechthin berechtigt wäre, seine Einwilligung allgemein zu halten. Wer unter Ermächtigung etwas anderes als eine allgemeine Einwilligung verstehen zu können meint, mag dies Argument verwerfen. Dem Schlusse aus § 110 kann er dennoch nicht entgehen:

„Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen sind."

Es ist schon von anderer Seite bemerkt worden, daß die Bestimmung ihren Sinn verliert, wenn man annimmt, daß der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung zu Rechtsgeschäften einer bestimmten Gattung im voraus erteilen kann. Denn es wird sich nicht bestreiten lassen, daß der Vater, wenn er seinen Sohn auf Reisen schickt, damit seine Einwilligung zu denjenigen Aufwendungen erteilt, welche der Zweck der Reise erfordert. Wenn demnach der Sohn sein Logis, sein Essen 2c. an dem jeweiligen Aufenthaltsort mit Einwilligung des Vaters bestellt, wozu dann noch ein nachträgliches Wirksamwerden des Vertrages durch die Erfüllung? Also wäre § 110 eigentlich überflüssig?

Man hat es hie und da in der Tat gemeint. Staudingers Kommentar z. B. will in § 110 mehr eine Verdeutlichung als eine Neuerung, eine Verdeutlichung nämlich des schon aus § 107 sich ergebenden Satzes sehen, daß die Ueberlassung von Mitteln zu freier Verfügung eine wirksame Einwilligung des Gewalthabers zu solchen Schuldverträgen enthalte, die mit Hilfe dieser Mittel erfüllt werden sollen.

Daß diese Auslegung des Gesetzes sehr einleuchtend wäre, wird schwerlich jemand behaupten wollen. Zwar bin ich der letzte, zu leugnen, daß sich im Bürgerlichen Gesetzbuche Bestimmungen finden, die in der Form sich als Ausnahmebestimmungen geben, in der Tat aber nur die besondere Anwendung eines im Gesetze enthaltenen allgemeinen Rechtssatzes sind; ich habe selbst an anderer Stelle nachzuweisen versucht, daß der letzte Satz des § 956 zu dieser Art von Bestimmungen gehört. Aber um zu einer solchen, immerhin gezwungenen, Auslegung zu gelangen, wird man zwingende Gründe vorbringen müssen, d. h. Gründe, die eine andere Auslegung als unmöglich erscheinen lassen.

Solche Gründe sind bisher, was § 110 betrifft, nicht beigebracht worden. Und so wird es dabei bleiben müssen, daß durch § 110 zum Ausdruck gebracht worden ist: eine allgemeine Einwilligung zu Rechtsgeschäften kann der Mundwalt dem Mündel grundsätzlich nicht erteilen, darum bedarf es einer Sonderbestimmung für den Fall, daß er ihm Mittel zu bestimmtem Zwecke oder zu freier Verfügung überläßt.

Das ist denn auch die Ansicht der Verfasser des Gesetzes gewesen. „Die Zulassung eines Generalkonsenses", sagen die Motive (S. 143), „mittels dessen der Vertreter eine Reihe im voraus unbestimmter, in ihrer Tragweite nicht oder nur schwer übersehbarer Rechtsgeschäfte zu decken im stande sein soll, begegnet .... Bedenken." Und weiter (S. 146): „Anerkannt

kann auch nicht werden, daß .... der Lage derjenigen Minderjährigen besonders Rechnung zu tragen sei, welche behufs ihrer Ausbildung oder behufs der Erlernung oder Ausübung eines Berufes mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters außerhalb des Wohnsitzes sich aufhalten und für ihre Bedürfnisse selbst zu sorgen haben. Eine Ermächtigung dieser Personen zur selbständigen Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte, welche die Beschaffung ihres Unterhaltes und die Erledigung der ihnen gestellten Aufgaben mit sich bringt, ist weder notwendig noch ohne Bedenken." Die Protokolle (Bd. 1 S. 16) aber ergeben, daß zwar beantragt war, einem Minderjährigen, der mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters selbständig lebt, die entsprechende Geschäftsfähigkeit zuzusprechen, daß aber dieser Antrag abgelehnt worden ist. Und zwar deshalb, weil eine solche Vorschrift „durch das Verkehrsbedürfnis keineswegs dringend geboten, auf der anderen Seite aber mit erheblichen Gefahren für den Minderjährigen verbunden sei".

VIII. Die Tragweite des § 110 B.G.B.

Es ist stets von Nutzen, den Entstehungsgründen einer unrichtigen Ansicht nachzugehen, auch wenn diese von den Anhängern der Ansicht nicht zu ihrer Verteidigung verwendet, ja ihnen vielleicht nicht einmal zum Bewußtsein gelangt sind.

Für die Meinung, daß der Mundwalt den Mündel, indem er ihn auf die Universität schicke, zu den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens allgemein ermächtige, war wohl zweifellos eine Erinnerung an die Literatur und Praxis des gemeinen Rechts mitbestimmend.

Ueber die Bedeutung, die der Genehmigung des Vormundes für die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte des Mündels zukam, herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur keine Einigkeit. Der Umstand, daß die römische Unterscheidung von

puberes und minores ihre praktische Bedeutung verloren hatte, wie auch die Unklarheit der auf die Rechtsstellung der minores bezüglichen Quellenstellen ließen verschiedene Zweifel entstehen.

Auch Iherings Exegese der vielerörterten L. 101 de V. O. 45, 1 vermochte den Streit darüber, ob der Minderjährige nur zu Veräußerungen oder auch zu Verpflichtungen der Genehmigung des Vormundes bedürfe, nicht aus der Welt zu schaffen[1]).

Da die Grundlagen der Rechtsstellung des Minderjährigen nicht sicher waren, so blieb für einen Ausbau ihrer Einzelheiten wenig Zeit übrig. Erst Ihering (a. a. O. S. 368) warf die Frage auf, ob es denn, um einen minderjährigen Studenten oder Offizier zu verpflichten, notwendig sei, daß der Vormund ihn auf Schritt und Tritt begleite und so zu den von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäften seine Genehmigung erteile. Er antwortet: „Nein". Wie er die Haftung des Minderjährigen begründet, interessiert an dieser Stelle nicht, sondern, wie er sie nicht begründet. Denn seinen Ausführungen bleibt der Gedanke, daß der Vormund durch eine allgemeine Ermächtigung die Verpflichtungsfähigkeit des Minderjährigen erweitern könne, völlig fern!

Der Praxis des Gemeinen Rechts war der Gedanke nicht ebenso fremd. Denn eine Entscheidung des O.A.G. Rostock von 1854[2]) beruft sich auf eine konstante Praxis, wonach Minderjährige befugt seien, „ohne Beistand ihres Vaters, resp. Vormundes, Dienstverträge ohne ungewöhnliche Klauseln abzuschließen". Nicht minder wurde anerkannt, daß ein Minderjähriger, der von seinem Vormund zum Betriebe eines Ge-

---

1) Vergl. Windscheid, Pandekten, § 71 Anm. 8.

2) Mitgeteilt bei Buchka und Budde, Entscheidungen des meckl. Ob.-App.-Ger., Bd. 5 S. 46, und in Seufferts Arch., Bd. 20 Nr. 25.

werbes öffentlich ermächtigt war, durch alle zu diesem Gewerbe gehörenden Geschäfte verpflichtet wurde [1]).

Doch zeigt eine Anzahl anderer Entscheidungen der höchsten Gerichte, daß es sich bei dieser feststehenden Praxis wohl nur um eine Besonderheit des Rechts des Erwerbslebens, nicht aber um die grundsätzliche Zulassung einer allgemeinen Ermächtigung des Minderjährigen durch seinen Vormund handelte. Dasselbe O.A.G. Rostock läßt nämlich die Behauptung, daß der von einem minderjährigen Offizier abgeschlossene Kauf zur Befriedigung der standesgemäßen Bedürfnisse des Käufers gedient habe, nicht ausreichen, um die Haftung des Minderjährigen zu begründen [2]). Und in mehreren Entscheidungen wird zwar eingehend dargelegt, daß der Vater, der seinen Sohn auf die Universität schickt, aus den von diesem zur Beschaffung des notwendigen Unterhaltes geschlossenen Verträgen verpflichtet werde; der Gedanke aber, daß der Student selbst daraus haftbar sei, wird in diesen Entscheidungen nicht einmal gestreift [3]).

Man ist daher zunächst überrascht, wenn man dann dieselben Entscheidungen bei Heinzerling (a. a. O.) und bei Regelsberger (Pandekten, § 131 C) verwendet findet, um für das gemeine Recht den Satz zu begründen, daß der gesetzliche Vertreter die Genehmigung nicht nur für ein einzelnes Geschäft, sondern auch allgemein für eine Gruppe von Geschäften erteilen könne. Und doch ist es erklärlich! Denn es hat stets als vornehmste Aufgabe der Dogmatik gegolten, das Recht auf die einfachste Formel zu bringen. Und dieses Streben nach möglichster Vereinfachung mußte gerade an dieser Stelle lebhaft auftreten, weil man sich nicht nur einer vorsichtig

1) Heinzerling im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, III. Folge Bd. 5 S. 120 fg.

2) Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. 1 Nr. 10.

3) Seufferts Archiv, Bd. 9 Nr. 304; Bd. 10 Nr. 61.

tastenden Praxis, sondern einem gesetzgeberischen Versuche gegenüber sah, der nicht völlig befriedigen konnte. Kurze Zeit nach dem Erscheinen von Jherings Aufsatz war das preußische Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger ergangen. Es bestimmte in § 5:

„Hat der Vater oder unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der Vormund den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes dem Minderjährigen gestattet, so ist letzterer zu selbständigen Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte fähig, welche der Betrieb des Erwerbsgeschäftes mit sich bringt."

Und in § 6:

„Hat der Vater oder Vormund seine Genehmigung erteilt, daß der Minderjährige in Dienst oder Arbeit trete, so ist letzterer selbständig zur Eingehung und Auflösung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen der genehmigten Art befugt."

Eine Bestimmung, die den minderjährigen Studenten und Offizier verpflichtungsfähig gemacht hätte, fehlte in diesem Gesetz. Hier griff zwar das „Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der Studierenden" (vom 29. Mai 1879), ergänzend ein, aber doch nur, um den minderjährigen Studierenden fähig zu machen zur selbständigen Annahme von Vorlesungen.

Der Kaufmann, Handwerker, Wohnungsvermieter, der mit einem minderjährigen Studierenden oder Offizier kontrahierte, ohne sich der speziellen Einwilligung des Vaters oder Vormundes zu versichern, blieb mithin schutzlos — wenn man sich nicht entschloß, eine allgemeine Einwilligung des Mundwaltes für wirksam zu erklären. Und so tat man. Es findet sich nicht nur bei Regelsberger, sondern ebenso in der 2. Auflage von Stobbes Deutschem Privatrecht (Bd. 1 § 40) und ebenso bei Gierke (Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 44 Anm. 47) ausgesprochen, daß der Minderjährige, der mit Genehmigung des Vormundes eine sebständige Lebensstellung einnehme, insoweit

auch fähig sei, sich selbständig zu verpflichten. Dabei werden durchgängig die in den §§ 5, 6 des Gesetzes vom 5. März 1875 gegebenen Bestimmungen als Anwendungen dieses Prinzips vorgeführt.

Indessen diese gemeinrechtliche Theorie ist nicht Gesetz geworden! Dem praktischen Bedürfnisse, das sie befriedigen wollte, ist vielmehr durch die Sonderbestimmung des § 110 Rechnung getragen worden. Und über die Erwägungen, von denen bei dieser Regelung die Verfasser des Gesetzes geleitet wurden, haben diese so ausführlich Rechenschaft abgelegt, daß irgend ein Zweifel darüber nicht möglich ist.

Die Vorschrift des § 110 „trägt der Sitte Rechnung, daß heranwachsenden Minderjährigen gewisse Geldbeträge zur freien Verfügung oder zur Verwendung für bestimmte Zwecke von dem gesetzlichen Vertreter überwiesen werden“. Demgemäß sollen die dinglichen Verfügungen, die der Minderjährige über die ihm überlassenen Beträge trifft, ohne weiteres wirksam sein. Aber nicht nur diese; denn der Minderjährige muß auch und vor allem die obligatorischen Kausalverträge, die zur zweckentsprechenden Verwendung des Taschengeldes erforderlich sind, wirksam schließen können. Nur bleibt noch die Frage, wie die erforderliche Beziehung zwischen der Bestimmung, die der Mundwalt dem Taschengeld mitgegeben hat, und dem obligatorischen Vertrage herzustellen ist. Und die Lösung wird so gegeben: wirksam werden ausschließlich diejenigen obligatorischen Rechtsgeschäfte, welche der Minderjährige seinerseits mit dem ihm zur Verfügung gestellten Vermögen erfüllt hat.

So die Angaben der Motive (S. 147, 148) über § 69 des I. Entwurfes der dem § 110 des Gesetzbuchs entspricht. Man wird zugeben müssen, daß Zweck und Sinn der Bestimmung damit einwandsfrei wiedergegeben sind.

Gegenüber der gemeinrechtlichen Theorie bedeutet mithin

§ 110 eine Einschränkung: die Ueberlassung von Taschengeld an einen Minderjährigen macht nicht mehr die daraufhin vorgenommenen obligatorischen Verträge gültig, sondern nur seine Verfügungen und die dadurch erfüllten Kausalverträge. Oder anders ausgedrückt: der Minderjährige kann durch Ueberlassung von Barmitteln zu Bargeschäften allgemein ermächtigt werden — darüber hinaus nicht.

Und damit dürfte dem praktischen Bedürfnisse vollauf Genüge geschehen sein. Der minderjährige Student kann demnach gegen Barzahlung Billets lösen, Nahrungsmittel und Bekleidung kaufen, Vorlesungen belegen; er kann gegen Vorausbezahlung mieten und Dienstverträge schließen — kurz er hat die erforderliche Geschäftsfähigkeit auf Grund der Ermächtigung seines Mundwaltes.

Kein Vater oder Vormund aber kann ihn ermächtigen, Schulden zu machen. Wer einem Minderjährigen kreditiert, tut es auf eigene Gefahr oder allenfalls auf die des Mundwaltes. Doch soll die Frage, inwieweit etwa dieser auf Grund seiner Einwilligung selbst in Anspruch genommen werden kann, hier nicht verfolgt werden.

X.

Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?

Von **Regelsberger.**

I.

Nicht selten werden in derselben Verabredung von einer Partei mehrere Leistungen übernommen, die so verschiedener Natur sind, daß sie als Gegenstände selbständiger Vereinbarungen den Inhalt verschiedener Vertragsarten bilden würden: der Verkäufer verpflichtet sich zur Uebersendung der Ware an den Käufer, der Mieter eines Hauses oder eines Stockwerks zur Reinhaltung und Beleuchtung der Hausflur, der Treppe (Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs, S. 28 fg.) u. ä.

In solchen Fällen entsteht der Zweifel, ob für die rechtliche Auffassung ein einheitliches Geschäft mit zusammengesetztem Leistungsinhalt vorliegt oder eine Mehrheit von selbständigen Verträgen.

Auch bei zeitlicher Getrenntheit der Verabredung über die einzelnen Leistungen kann dieselbe Frage auftauchen, wenn die nachfolgende Verabredung einen Zusatz zur früheren bezweckt.

Auf den ersten Blick ist man geneigt, der aufgeworfenen Rechtsfrage vom Standpunkt des heutigen freien Vertragsrechts die praktische Bedeutung abzusprechen, zumal auch der Name der Klage nicht der Anführung bedarf und da ferner die eigenartige prozessualische Konsumtion des römischen Rechts (Gai. IV § 131, 131a) nicht droht. Indes wird die nachfolgende Auslese aus bekannten Entscheidungssammlungen überzeugen, daß es sich um mehr als eine reine Doktorfrage handelt.

Vorher noch ein anderes. Entscheidet man sich für die Einheit des Geschäfts, so ist weiter die rechtliche Natur dieses Vertrags mit dem zusammengesetzten Leistungsinhalt zu bestimmen: muß man um der Verbindung verschiedenartiger Leistungen willen ein eigenartiges Vertragsgebilde annehmen, oder ist für die Vertragsnatur eine der Leistungen ausschlaggebend, der die übrigen untergeordnet sind?

Nur der ersteren der beiden Fragen soll hier genauer nachgegangen werden. Für ihre Erheblichkeit mögen folgende Belege sprechen.

1) Der Erfüllung der vom Verkäufer übernommenen Pflicht zur Zusendung der Ware stellten sich in einem Fall wegen mittlerweile ausgebrochener kriegerischer Unruhen Schwierigkeiten entgegen. Zur Behebung schrieb der Käufer dem Verkäufer, er möge die Ware an den Spediteur an einer Zwischenstation zur bestmöglichen Weiterbeförderung senden. Der Verkäufer entsprach der Aufforderung, der Spediteur beging aber das Versehen, für die weitere Versendung nicht den kürzesten Transportweg zu wählen, so daß der Käufer eine erhebliche Mehrfracht zu zahlen hatte. Der Käufer wollte diesen Schaden dem Verkäufer in Anrechnung bringen, indem er ausführte: durch seine vom Verkäufer angenommene Anweisung über die Art der Zusendung sei zwischen ihnen ein

Speditionsvertrag zum Abschluß gekommen, nach dem maßgebenden holländischen Handelsrecht hafte aber ein Spediteur für die Versehen der von ihm verwendeten Zwischenspediteure.

Das Reichsoberhandelsgericht (Entscheidungen, Bd. 8 Nr. 2 S. 13) teilte diesen Standpunkt nicht: die Anweisung über die Versendung der Ware habe nur zu einer Erweiterung der Kaufabrede geführt, nicht zu einem Speditionsvertrag zwischen Käufer und Verkäufer, folglich stehe die Verpflichtung des Verkäufers aus der zusätzlichen Vereinbarung unter den Regeln des Kaufs.

2) Es waren Räume in einem Hause zur Aufstellung von mechanischen Webstühlen gemietet; zugleich hatte sich der Vermieter zur Lieferung der zum Betrieb der Webstühle erforderlichen Dampfkraft verpflichtet; für jede der beiden Leistungen war eine besondere Vergütung festgestellt, das Entgelt für die Abgabe der Dampfkraft überstieg den Zins für die Raummiete.

Vor Ablauf der Vertragszeit fiel der Vermieter in Konkurs. Nun wirkt die Konkurseröffnung auf die Mietverhältnisse anders als auf die Schuldverhältnisse aus sonstigen gegenseitigen Verträgen (Konkurs-Ordn. § 17 und 19—21, alte K.O. § 15 und 17). Da nun ein selbständiger Vertrag über die Lieferung von Dampfkraft nicht als Sachmiete angesehen werden kann, so wird das Urteil über das Verhältnis der Parteien zu den beiden Stücken der Verabredung verschieden ausfallen, je nachdem das Uebereinkommen als einheitlicher Vertrag und zwar als Mietvertrag gefaßt wird oder als eine tatsächliche Verbindung von zwei rechtlich selbständigen Verträgen.

Ebenso würde sich je nach der Stellung zur aufgeworfenen Frage ein verschiedenes Ergebnis herausstellen, wenn der Vermieter nach Ueberlassung der vermieteten Räume an den Mieter während der Mietzeit sein Grundstück an einen Dritten ver-

Auf den ersten Blick ist man geneigt, der aufgeworfenen Rechtsfrage vom Standpunkt des heutigen freien Vertragsrechts die praktische Bedeutung abzusprechen, zumal auch der Name der Klage nicht der Anführung bedarf und da ferner die eigenartige prozessualische Konsumtion des römischen Rechts (Gai. IV § 131, 131a) nicht droht. Indes wird die nachfolgende Auslese aus bekannten Entscheidungssammlungen überzeugen, daß es sich um mehr als eine reine Doktorfrage handelt.

Vorher noch ein anderes. Entscheidet man sich für die Einheit des Geschäfts, so ist weiter die rechtliche Natur dieses Vertrags mit dem zusammengesetzten Leistungsinhalt zu bestimmen: muß man um der Verbindung verschiedenartiger Leistungen willen ein eigenartiges Vertragsgebilde annehmen, oder ist für die Vertragsnatur eine der Leistungen ausschlaggebend, der die übrigen untergeordnet sind?

Nur der ersteren der beiden Fragen soll hier genauer nachgegangen werden. Für ihre Erheblichkeit mögen folgende Belege sprechen.

1) Der Erfüllung der vom Verkäufer übernommenen Pflicht zur Zusendung der Ware stellten sich in einem Fall wegen mittlerweile ausgebrochener kriegerischer Unruhen Schwierigkeiten entgegen. Zur Behebung schrieb der Käufer dem Verkäufer, er möge die Ware an den Spediteur an einer Zwischenstation zur bestmöglichen Weiterbeförderung senden. Der Verkäufer entsprach der Aufforderung, der Spediteur beging aber das Versehen, für die weitere Versendung nicht den kürzesten Transportweg zu wählen, so daß der Käufer eine erhebliche Mehrfracht zu zahlen hatte. Der Käufer wollte diesen Schaden dem Verkäufer in Anrechnung bringen, indem er ausführte: durch seine vom Verkäufer angenommene Anweisung über die Art der Zusendung sei zwischen ihnen ein

Speditionsvertrag zum Abschluß gekommen, nach dem maßgebenden holländischen Handelsrecht hafte aber ein Spediteur für die Versehen der von ihm verwendeten Zwischenspediteure.

Das Reichsoberhandelsgericht (Entscheidungen, Bd. 8 Nr. 2 S. 13) teilte diesen Standpunkt nicht: die Anweisung über die Versendung der Ware habe nur zu einer Erweiterung der Kaufabrede geführt, nicht zu einem Speditionsvertrag zwischen Käufer und Verkäufer, folglich stehe die Verpflichtung des Verkäufers aus der zusätzlichen Vereinbarung unter den Regeln des Kaufs.

2) Es waren Räume in einem Hause zur Aufstellung von mechanischen Webstühlen gemietet; zugleich hatte sich der Vermieter zur Lieferung der zum Betrieb der Webstühle erforderlichen Dampfkraft verpflichtet; für jede der beiden Leistungen war eine besondere Vergütung festgestellt, das Entgelt für die Abgabe der Dampfkraft überstieg den Zins für die Raummiete.

Vor Ablauf der Vertragszeit fiel der Vermieter in Konkurs. Nun wirkt die Konkurseröffnung auf die Mietverhältnisse anders als auf die Schuldverhältnisse aus sonstigen gegenseitigen Verträgen (Konkurs-Ordn. § 17 und 19—21, alte Kk.O. § 15 und 17). Da nun ein selbständiger Vertrag über die Lieferung von Dampfkraft nicht als Sachmiete angesehen werden kann, so wird das Urteil über das Verhältnis der Parteien zu den beiden Stücken der Verabredung verschieden ausfallen, je nachdem das Uebereinkommen als einheitlicher Vertrag und zwar als Mietvertrag gefaßt wird oder als eine tatsächliche Verbindung von zwei rechtlich selbständigen Verträgen.

Ebenso würde sich je nach der Stellung zur aufgeworfenen Frage ein verschiedenes Ergebnis herausstellen, wenn der Vermieter nach Ueberlassung der vermieteten Räume an den Mieter während der Mietzeit sein Grundstück an einen Dritten ver-

äußert. Nach dem Standpunkt der Getrenntheit der Abreden würde der Erwerber zwar in die Verpflichtung zur Raumgewährung eintreten (B.G.B. § 571), nicht in die Verpflichtung zur Lieferung der Dampfkraft; dafür wäre der Mieter auf den ursprünglichen Vermieter verwiesen, der aber wegen Veräußerung des Grundstücks in der Regel nicht mehr in der Lage sein wird, sein Versprechen zu erfüllen.

Das Reichsgericht (Entsch., Bd. 33 Nr. 11 S. 47) hat das Geschäft für einen einheitlichen Vertrag erklärt und zwar für eine Sachmiete mit einer Nebenleistung.

In einem älteren Urteil über einen ähnlich gelagerten Fall (vom 7. Januar 1882, mitgeteilt in Gruchots Beiträgen, Bd. 26 S. 996 und angeführt in Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 37 Nr. 24 S. 91) hatte das Reichsgericht zu unserer Frage keine Stellung genommen, von der Ansicht ausgehend, daß die Auffassung des Berufungsrichters, es lägen zwei selbständige Verträge vor, auf Vertragsauslegung beruhe und daher der Revision keine Unterlage biete.

3) Wiederholt hat zur Erwägung der Rechtsfrage, ob Einheit mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen, der Umstand Anlaß gegeben, daß für die Forderung aus einer Begleitverpflichtung bei einem Pacht- oder Mietvertrag das Absonderungsrecht in Anspruch genommen wurde, das die Konkurs-Ordn. § 49 Ziff. 2 (alte Kt.O. § 41 Ziff. 2 und 4) für die Forderungen aus dem Pacht- oder Mietverhältnis gewährt.

a) Der Pächter eines Landguts hatte im Pachtvertrag die Stellung einer Geldkaution für die Erfüllung seiner Verpflichtungen versprochen. Noch vor Leistung der Kaution wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet. Der Verpächter beantragte, ihm das Absonderungsrecht für die Forderung aus

dem Versprechen der Kautionsstellung zuzuerkennen, drang aber damit nicht durch (Reichsgericht in Seufferts Arch., Bd. 44 Nr. 239).

b) Im Pachtvertrag war bestimmt, daß der Verpächter dem Pächter als Betriebskapital für die Pachtung ein während der Pacht unkündbares, mit deren Beendigung rückzahlbares Darlehn von 40000 M. gewähre. Das Pachtverhältnis endigte vertragsmäßig mit dem Tod des Pächters. In dem über den Nachlaß ausgebrochenen Konkurs nahm der Verpächter für seine Forderung auf Rückzahlung des Darlehns das erwähnte Absonderungsrecht in Anspruch, aber ohne Erfolg (R.G.E., Bd. 37 Nr. 24 S. 88 fg.).

c) Es war ein Landgut verpachtet mit dem Wirtschaftsinventar. Das Inventar wurde dem Pächter für eine bestimmte Geldsumme eigentümlich übertragen, aber mit der Verabredung, daß der Pächter bei Endigung der Pacht für die Rückgabe eines gleichartigen Inventars den Taxwert vom Verpächter vergütet erhalten solle. Ueber das Vermögen des Pächters wurde der Konkurs eröffnet. Zu dieser Zeit war der Pächter noch einen Rest vom Preis für die Inventarsübertragung schuldig. Dem Verpächter wurde für diese Restforderung das Absonderungsrecht auf Grund der (alten) Kf.O. § 41 Ziff. 2 in allen Instanzen zugesprochen (R.G.E., Bd. 38 Nr. 20 S. 67 fg.).

d) Im Konkurs des Mieters beanspruchte der Vermieter für die Forderung auf eine im Mietvertrag verabredete Strafsumme das für Forderungen aus dem Mietverhältnis gewährte Absonderungsrecht. Das O.L.G. Hamburg wies ihn damit ab (Seufferts Arch., Bd. 42 Nr. 180).

4) Die praktische Bedeutung unserer Rechtsfrage reicht über das Privatrecht hinaus.

a) Eine Frau hatte an eine ledige Person ein Zimmer vermietet unter Verpflichtung zur Lieferung des Frühstücks; für beides war eine einheitliche monatliche Vergütung vereinbart. Nachdem die Mieterin die Vorteile aus dem Vertrag einige Zeit genossen hatte, aber mit der Zahlung ihrer Schuld im Rückstand war, entfernte sie sich heimlich mit ihren eingebrachten Sachen aus dem Hause. Angeklagt auf Grund des Strafgesetzbuchs § 289, verteidigte sie sich mit der Behauptung, der von ihr mit der Wohnunggeberin abgeschlossene Vertrag sei wegen seines eigenartigen Inhalts überhaupt kein Mietvertrag gewesen, der Tatbestand einer strafbaren Pfandhinterziehung fehle gänzlich; zum mindesten habe sich das Mietverhältnis nicht auf die Verpflichtung aus der Frühstückslieferung erstreckt, der hieraus entsprungene Teil ihrer Schuld werde daher durch das gesetzliche Pfandrecht nicht gedeckt. Das Reichsgericht (Entsch. in Straff., Bd. 20 Nr. 148 S. 417) kam bei der Prüfung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts zu dem Ergebnis, daß rechtlich nur ein Vertrag geschlossen worden sei, und zwar ein Mietvertrag, dessen Natur durch die beigefügte Nebenleistung nicht ausgeschlossen werde.

Der Rechtsfall bot noch ein weiteres Interesse. Der Mieterin war von der Vermieterin auf Grund eines besonderen Abkommens auch die Mittag- und Abendkost verabreicht worden. Auch dafür war die Mieterin bei ihrer Entfernung aus dem Hause die Vergütung schuldig. Das Reichsgericht hat jedoch die Erstreckung des gesetzlichen Vermieterpfandrechts auf diese Forderung verneint; der zweite Vertrag habe ein dem Mietverhältnis gegenüber rechtlich unabhängiges Dasein.

b) Daß es auch für die Steuerpflicht von rechtlichem Interesse sein kann, ob ein Parteiabkommen einen Vertrag darstellt oder eine Mehrheit von Verträgen, lehren die Rechtsfälle in R.G.E., Bd. 48 Nr. 76 S. 348 fg. und

Bd. 57 Nr. 60 S. 264. Vergl. auch diese Jahrbücher oben S. 238 fg.

II.

Es ist nunmehr die Aufgabe, die Merkmale festzustellen, nach denen sich die in Rede stehende Unterscheidung bestimmt. Mehr als eine allgemeine Wegleitung für die Lösung im einzelnen Fall wird sich dabei freilich nicht gewinnen lassen; das Beste hat eine sorgfältige Erwägung aller Seiten der besonderen Erscheinung zu leisten. Aber in Ermangelung einer festgebahnten Straße verschmähen wir auch einen bescheidenen Fußpfad nicht.

A. Hier wie bei anderen civilrechtlichen Untersuchungen wenden wir uns um Rat zunächst an die römische Jurisprudenz. Sie hat sich mit der Frage vielfach beschäftigt, aber nach ihrer Art gibt sie uns nur Entscheidungen von einzelnen Fällen, nicht die Gründe dafür. Um diese Gründe ist es nun uns gerade zu tun. Die Nachforschung der Neueren nach den maßgebenden Gesichtspunkten hat nicht überall zu befriedigenden Aufschlüssen geführt.

In der Behandlung der Unterscheidung tritt uns ein Gegensatz zwischen der Anwendung auf Stipulationen und auf formfreie Schuldverträge entgegen.

Waren in einer Stipulation mehrere Leistungen, wenn auch gleicher Art, zusammengefaßt, so fanden die Juristen hierin die Begründung von so vielen Obligationen, als Leistungen versprochen waren (Ulp. L. 29 pr. L. 75 § 9 V. O. 45, 1, Paul. L. 140 pr. § 1 eod.), ungeachtet der Einheit von Frage und Antwort (Paul. L. 134 § 3 V. O.), vorausgesetzt jedoch, daß die Leistungen besonders angeführt wurden (Ulp. L. 86 eod.). In dem fast sprichwörtlichen Satz: quot res, quot summae, tot stipulationes (L. 29 pr. L. 75 § 9 L. 86

V. O.) bedeuten summae und res nicht die Sachen, sondern das Versprechen ihrer Leistung (Liebe, Die Stipulation, S. 159).

Der Grund für diese Lösung der Frage ist bis jetzt nicht aufgeklärt (vergl. Liebe a. a. O.; Mitteis, Die Individualisierung der Obligation, S. 28 fg., etwa auch Hartmann, Die Obligation, S. 149 fg.). Er hängt zweifellos mit der Eigenart der Stipulation zusammen; denn bei formfreien Verträgen neigt die römische Jurisprudenz der Auffassung des zusammengesetzten Uebereinkommens als einer Vertragseinheit zu. Dabei wirkte freilich zuweilen auch ein historischer Grund mit: nach dem geschlossenen römischen Kontraktssystem wäre nicht selten der eine Teil des Abkommens ohne den Unterschlupf unter das schirmende Dach des anderen ein klagloses Paktum gewesen. Allgemeiner und durchgreifender war aber wohl die auch für das heutige Recht bedeutsame Erwägung, daß der von den Parteien mit dem Gesamtabkommen bezielte Erfolg durch die Stellung unter einen einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkt mindestens in höherem Maße gesichert werde als durch die Zerlegung der einzelnen Stücke in verschiedene Rechtsgebilde.

Wichtige hierher gehörige Belegstellen hat Kohler im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 13 S. 276—280 ausführlich und in zutreffender Weise besprochen. So die viel angezogene L. 9 A. E. V. 19, 1 (Pomp.): es hatte jemand Steine aus einem Grundstück gekauft und sich zu deren Abfuhr verpflichtet (anders Barkhausen in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 30 S. 43 fg.); hinterher verweigert er die Abholung. Der Jurist entscheidet, daß der Käufer darauf mit der actio ex vendito belangt werden könne. Ferner L. 6 § 1 eod. (idem): beim Verkauf eines Hauses wurde neben der Verabredung eines bestimmten Geldpreises dem Käufer die Verpflichtung auferlegt, ein anderes

Haus des Verkäufers auszubessern. Entscheidung: agam ex vendito, ut reficias. Im darauf folgenden § 2 behandelt Pomponius den Fall, daß ein Bauplatz um einen bestimmten Preis verkauft wurde unter der Verpflichtung des Käufers, auf dem Bauplatz ein Gebäude zu errichten und die Hälfte davon dem Verkäufer eigentümlich zu übertragen: verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas. Von einem anderen Geschäft berichtet Javolenus L. 79 C. E. 18, 1: es hatte jemand die Hälfte seines Grundstücks verkauft (wir müssen annehmen, unter Festsetzung eines bestimmten Geldpreises, weil sonst die Grundlage für die Annahme eines Kaufgeschäfts gefehlt hätte, arg. L. 6 praescr. verb. 19, 5); dem Käufer wurde dabei die Verpflichtung auferlegt, daß er die andere Hälfte des Grundstücks auf die nächsten 10 Jahre für einen bestimmten jährlichen Zins in Pacht nehme. Daß der Käufer auf Eingehung der Pacht mit der actio ex vendito belangt werden könne, verneinten Labeo und Trebatius. Javolenus bejaht die Frage und bezeichnet dies als die zu seiner Zeit herrschende Ansicht: si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur. In einem Reskript aus dem Jahre 222 (C. 2 de pact. int. emt. 4, 54) werden dem Verkäufer behufs Geltendmachung eines beim Verkauf bedungenen Rückkaufsrechts die actio praescriptis verbis und die actio ex vendito zur Auswahl gestellt. Es erhellt nicht mit Bestimmtheit, daß die actio praescr. v. auf das Gesamtgeschäft erstreckt ist; die alternative Stellung zur actio ex vendito spricht dafür.

Bekannt ist, daß der Jurist Cassius Longinus in der Bestellung eines Gerätes bei einem Goldschmied, wenn dieser den Rohstoff zu liefern hatte, die Verbindung einer emtio venditio (des Stoffes) mit einer locatio conductio operarum (für die Herstellung) erblickte. Er fand damit keinen Anklang:

placuit unum esse negotium et magis emtionem et venditionem esse (Gai. L. 2 § 1 locati 19, 2, Gai. Inst. III § 147 = § 4 Inst. Justin. de locat. 3, 24).

Von einem im kaiserlichen Rom nicht seltenen Geschäft handelt Gai. Inst. III § 146: der Eigentümer von Sklaven hatte sie einem Unternehmer zur Verwendung im Kampfschauspiel überlassen; dabei wurde ausgemacht: daß der Unternehmer für jeden Sklaven, der heil davonkommt, zwanzig Denare zahlen solle „pro sudore“, für jeden getöteten oder verstümmelten tausend Denare. Nach der zur Herrschaft gelangten Ansicht (placuit) war damit für jeden Sklaven ein doppelter Vertrag geschlossen, jeder bedingt: eine Miete unter der Bedingung, daß der Sklave unverletzt bleibt, ein Kauf unter der entgegengesetzten Bedingung.

In L. 52 § 2 de fidejuss. 46, 1 entscheidet Papinian: die Bürgen, die für den Pächter eines Landguts gut gesagt haben, haften auch für die Schuld des Pächters aus der Uebernahme des Gutsinventars, „cum ea quoque species locationis vinculum ad se trahat“ (Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1 S. 309 Note 6). Vergl. dazu Paul. L. 58 pr. eod.

Es kommt noch die sog. gemischte Schenkung in Betracht. Hierüber hat oben S. 209—240 Dr. Wilhelm Müller gehandelt. Ich trete seinen Ausführungen bei, soweit es sich um die Beurteilung des Geschäfts nach heutigem Recht handelt. Dagegen würde die Annahme eines Vertrags eigener Art nach römischem Recht an dem beschränkten Kontraktssystem gescheitert sein. Die Stellung der römischen Juristen zum negotium mixtum cum donatione ist nach den uns überlieferten Aeußerungen widerspruchsvoll gewesen. Vergl. Wilhelm Köppen, Das negotium mixtum cum donatione, Berlin 1901, mit der sorgfältigen Nachprüfung von Siber in der Münch. Krit.

Vierteljahrsschr., Bd. 45 S. 308—326. Aber in dem Punkt, der uns hier interessiert, bestand eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen nicht: sie fassen das die Mischung von Kauf und Schenkung enthaltende Geschäft als emtio venditio, freilich als emtio venditio, cui aliquid donationis intervenit (L. 18 § 2 de donat. 39, 5), und untersuchen, inwieweit das Kaufverhältnis von dem Schenkungselement beeinflußt werde (Ulp. L. 5 § 5 de donat. i. v. e. u. 24, 1 und L. 38 C. E. 18, 1; Paul. L. 8 § 1 de lege Jul. rep. 48, 11; eigenartig Pomp. L. 31 § 3 de donat. i. v.). Anders selbstverständlich, wenn erst nach Abschluß des Kaufvertrags ein Nachlaß am Preis stattgefunden hat (Pomp. L. 31 § 4 cit. und Ulp. L. 32 § 26 eod. In dieser Stelle bedient sich der Jurist allerdings für die beiden von ihm angeführten Fälle des Ausdrucks donationem valere, der nur für den zweiten angemessen ist, wenn man von der Unselbständigkeit der ersten Schenkung ausgeht. Hierin darf man aber nicht mehr finden als eine Ungenauigkeit für den Gedanken, das Schenkungselement störe jetzt nicht mehr kraft des Senatuskonsults; anderenfalls bringt man den Juristen mit sich selbst in Widerspruch.

B. Freier stehen wir heutzutage der Untersuchung gegenüber, ob Einheit oder Mehrheit von Obligationen. Auf dem Standpunkt der Vertragsfreiheit sind nur materielle Gesichtspunkte maßgebend. Die tatsächliche Zusammenfassung von Verpflichtungen in demselben Abkommen hat für sich keine ausschlaggebende Bedeutung; umgekehrt kann auch die Wirkung einer zeitlich nachfolgenden Verabredung darauf beschränkt sein, in eine bestehende Obligation näher bestimmend einzugreifen.

Für die Einheit des Vertrags spricht vor allem der Umstand, daß die eine Verpflichtung ersichtlich im Dienst der anderen stehen soll, mag sie die Erfüllung der Hauptpflicht

in besonderer Weise regeln, wie die Uebernahme der Versendung der Ware durch den Käufer, oder mag sie den Vorteil aus der Hauptverpflichtung durch eine Zutat steigern, wie die Verabreichung des Frühstücks bei der Zimmervermietung, die Lieferung der Dampfkraft zu einem gewerblichen Betrieb in den gemieteten Räumlichkeiten. Der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang äußert sich in diesen Fällen auch darin, daß dort die Verpflichtung zur Verabreichung des Frühstücks, losgetrennt von der Zimmermiete, einen von den Parteien nicht gewollten Inhalt bekäme, und daß hier die Pflicht zur Lieferung der Dampfkraft ohne die Raummiete für den Berechtigten wertlos wäre.

Es ist aber folgendes zu beachten. Wo das besprochene Verhältnis vorliegt, wird die erhoffte Entstehung der einen Verpflichtung der Beweggrund für die Eingehung der zweiten sein. Aber für sich reicht diese Verknüpfung zur Herstellung der rechtlichen Vertragseinheit nicht aus. Verspricht jemand einem anderen ein Darlehn, falls dieser von ihm sein Landgut pachtet, so entstehen, wenn die Parteien handelseinig werden, zwei rechtlich selbständige Verträge. Anders, wenn das Darlehn dem Pächter vom Verpächter als Betriebskapital für die Gutswirtschaft gewährt wird. Die oben (I, 3, b S. 457) mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts verdient daher meines Erachtens keinen Beifall. Wurde ein Haus vermietet und dem Mieter die wirtschaftliche Nutzung des Hausgartens eingeräumt, so steht das Verhältnis ausschließlich unter den Regeln der Miete (vergl. auch B.G.B. § 1013). Dagegen zerfällt das Geschäft in Miete und Pacht, wenn einer Partei gegen einen bestimmten Jahreszins ein Haus zur Bewohnung und ein Kartoffelacker zur Fruchtgewinnung überlassen wird.

Die Lösung unserer Frage wird vielfach zu einseitig

auf den Parteiwillen gestellt. Es verhält sich hier der Parteiwille zum rechtlichen Erfolg ähnlich wie bei der Begründung der sachenrechtlichen Zubehöreigenschaft: sie entsteht nicht ohne Parteiverfügung, aber nur auf einer bestimmten davon unabhängigen wirtschaftlichen Grundlage. Weitergehend als für die Vertragseinheit ist der Zusammenhang, der den Untergrund für ein Zurückbehaltungsrecht bilden kann (R.G.E., Bd. 14 Nr. 57 S. 233 und Bd. 57 Nr. 1 S. 5).

Die Feststellung eines einheitlichen Entgelts schließt nicht das Dasein einer Vertragsmehrheit aus (R.G.E. in Strafs., Bd. 20 Nr. 148 S. 418), die Feststellung eines besonderen Entgelts für jede Verpflichtung nicht die Vertragseinheit (R.G.E., Bd. 33 Nr. 11 S. 47; Bd. 38 Nr. 20 S. 72 fg.).

Von dem hier vertretenen Standpunkt erheben sich gegen die Richtigkeit einzelner der oben angeführten richterlichen Entscheidungen Bedenken. Gegen eine Entscheidung ist dies schon im Verlauf der Ausführung geltend gemacht worden (S. 464). Das Urteil des hanseatischen Oberlandesgerichts (I, 3, d) ist von Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs, S. 185 angefochten worden, wie ich glaube, mit Recht. Ebensowenig verdient die in einem ähnlich gelagerten Fall ergangene Entscheidung des Reichsgerichts (I, 3, a) Beifall, die Begründung macht den Eindruck des Gewundenen.

Zum Schluß mag noch erwähnt werden, daß eine früher verbreitete Ansicht in dem Aufgeben und Annehmen einer Postsendung mit Wertangabe eine Verbindung von Fracht- und Versicherungsvertrag erblickte. Die Unrichtigkeit hat hier noch einen besonderen Grund: die Post übernimmt nicht schlechthin die Haftung in Höhe der Wertangabe; der Vorteil der Wertangabe für den Absender beschränkt sich auf die Verschiebung der Beweislast im allenfallsigen Entschädigungsprozeß: er hat nicht zu beweisen, daß die verlorene Sendung

den angegebenen Wert gehabt hat, es ist nur der Postverwaltung der Beweis gestattet, daß der angegebene Wert den gemeinen Sachwert übersteigt (Deutsches Postgesetz § 8; dazu Meili, Die Haftpflicht der Postanstalten, S. 76 fg., dem sich Dambach, Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, in den späteren Auflagen angeschlossen hat, so in der fünften S. 80).

Verzeichnis

der in Bd. XLVIII angezogenen Belegstellen.

A. Gemeines Recht.

B. Gesetze und Verordnungen des Deutschen Reichs nebst Ausführungsgesetzen.

C. Partikularrechte.

D. Ausländisches Recht.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2818

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 2818

